



Owen M. Fiss

Megosztott liberalizmus

A szólásszabadság és az államhatalom sokféle arca

CompLex

Owen M. Fiss

Megosztott liberalizmus

A szólásszabadság és az államhatalom sokféle arca


CompLex



Kiadja a
Wolters Kluwer Kft.
Budapest, 2013
1117 Budapest, Prielle Kornélia u. 21–35.
Telefon: (40) 464-565
Fax: +36 (1) 464-5657
e-mail: info@wolterskluwer.hu
www.wolterskluwer.hu

Felelős vezető: a Wolters Kluwer Kft. igazgatója
Kiadásért felelős: Tóth Gábor
A kiadványok szerkesztéséért felelős: dr. Vajda Krisztina
Felelős szerkesztő: Dúll Kata
Műszaki kiemelt főmunkatárs: Schuller Krisztina
Műszaki szerkesztők: Kerek Imréné, Szász Zoltán
Tördelés és fedélterv: Wolters Kluwer Kft. DTP-csoport
Készült a Gyomai Kner Nyomda Zrt.-ben
Felelős vezető: Fazekas Péter vezérigazgató
Telefon: 66/887-400

ISBN 978 963 295 331 1
Termékkód: YOV1439



Szakmai partner: Az NMHH Médiatanácsának Médiatudományi Intézete

Kiadványaink megtekinthetőek és megvásárolhatóak szakkönyvesboltunkban a Kiadó címén, továbbá a www.complex.hu portálon.

Owen M. Fiss

Megosztott liberalizmus

A szólásszabadság és az államhatalom sokféle arca



Szerző:
Owen M. Fiss

A fordítás az alábbi kiadás alapján készült:
Owen M. Fiss: *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power.*
Első kiadás 1996-ban párhuzamosan az Egyesült Államokban: Westview Press, Inc., Boulder, Colorado; és az Egyesült Királyságban: Westview Press, Cumnor Hill, Oxford.

The translation is based on the following edition:
Owen M. Fiss: *Liberalism Divided. Freedom of Speech and the Many Uses of State Power.*
Published in 1996 in the United States of America by Westview Press, Inc., Boulder, Colorado, and in the United Kingdom by Westview Press, Cumnor Hill, Oxford.

Fordította:
Hammer Ferenc

A fordítást lektorálta és a magyar kiadás utószavát írta:
Koltay András

Sorozatszerkesztők:
Koltay András
Nyakas Levente

A Wolters Kluwer Kft. az 1795-ben alapított Magyar Könyvkiadók és Könyvterjesztők Egyesülésének a tagja.

Tartalomjegyzék

William J. Brennan Jr.-nak és Harry Kalven Jr.-nak,
a szabadságról adott maradandó leckéikért

William J. Brennan Jr.-nak és Harry Kalven Jr.-nak,
a szabadságról adott maradandó leckéikért

Bevezetés

A liberálisok hadban állnak saját magukkal. Voltak idők, amikor a szólásszabadság ügye egy táborban tartotta őket, ám ma épp a szólásszabadság a liberálisok közötti választóvonalak, illetve konfliktusok forrása.

Az ötvenes években, a hidegháború legzordabb napjaiban a politika az államapparátus segítségével igyekezett megvédeni az országot az ellenséges felforgatástól és a kommunizmus veszedelmeitől. Az Egyesült Államok Kommunista Pártja és vezetői ellen büntetőeljárás indult, és számtalan pártszimpatizánst távolítottak el kormányzati állásokból. Mindez nem valamiféle nyílt államellenes tevékenység miatt lett osztályrészük, hanem mert a fennálló társadalmi rendet bíráló elképzeléseket támogattak. A liberálisok elítélték az államhatalom efféle gyakorlását, és ehhez az Első Alkotmánykiegészítést és annak a szabad szólást szavatoló rendelkezését hívták segítségül. Leszögezték, hogy a szólásszabadságot korlátozó intézkedések indokául szolgáló félelmek jócskán túlzásnak tekinthetők, és hogy ezek az intézkedések a fennálló rend erőteljes bírálatának elhallgattatásával fenyegettek.

A hatvanas években ismét csak egységben voltak a liberálisok a szólásszabadság zászlaja alatt. Ekkor olyan, az amerikai Dél sok államában, illetve egyes helyi színtereken felbukkanó törekvések ellen léptek fel, melyek igyekeztek az emberi jogi mozgalmat és a nyomában megjelenő tiltakozáshullámot, illetve tüntetéseket elhallgattatni. A liberálisok csaknem egyhangúlag azt rótták fel panaszul, hogy e törekvések az államhatalmat a nyilvános kritika elhallgattatására használják, és így ellentétesek az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt, a szólásszabadságot védő elvekkel. Ezen álláspont kialakítása során a liberális politikaelméletre, illetve annak az egyéni szabadságjogokra és a korlátozott állam eszményére alapozó összegzésére támaszkodtak.

Az elmúlt huszonöt évben* az Első Alkotmánykiegészítésre hivatkozó, a szólásszabadság érvét alkalmazó célkitűzések alaposan megváltoztak, és mély repedések keletkeztek az egykori liberális konszenzuson. Az igazsághoz hozzátartozik, hogy

---

* A munka 1996-ban jelent meg. *A ford.*

a hagyományos ellentétek közül egyesek fennmaradtak, és e kérdésekben a liberálisok összetartanak. Ezek egyike a *Pentagon-iratok* néven ismert 1971-es ügyhöz kapcsolódik, melyet a hetedik fejezetben tárgyalok ebben a könyvben. Ebben az esetben a Nixon-kormányzat megkísérelte megakadályozni az ország vezető lapjait egy, az USA vietnami tevékenységét tárgyaló titkosított tanulmány közreadásában, és a liberálisok egyöntetűen magasztalták a Legfelső Bíróság ítéletét, amely megakadályozta az efféle cenzúrát. Az egység ilyen pillanatai azonban kivételnek számítottak a hetvenes-nyolcvanas években. A liberálisok többnyire mélyen megosztottak voltak az e korszak politikai jellegét alapjaiban meghatározó ügyekben. Ezek azok a vitatott kérdések, amelyek az elmúlt években legjobban megragadták az érdeklődésemet, és e kérdéseket járom körül e kötet esszéiben.

A legutóbbi időszak egyik legfontosabb szólásszabadsági ügye ahhoz a törvényhozási programhoz kötődik, amely korlátozná a politikai kampányokra elkölthető összegek nagyságát. Egy másik vitatott kérdés az, hogy politikai aktivisták az államhatalom révén hozzáférhessenek-e a bevásárlóközpontok adta nyilvánossághoz, hogy ott hirdethessék elképzeléseiket. E nyilvános terek magántulajdonban vannak, azonban a nyilvánosság fontos színtereivé váltak a jelenkori Amerikában. A hetvenes és a nyolcvanas évekre azok az elkeseredett sajtószabályozási viták is rányomták bélyegüket, amelyekben nem a Pentagon-iratok ügyéhez hasonló tartalmi korlátozás volt a tét, hanem hogy a közvélemény a nézőpontok megfelelő sokféleségével találkozhasson a sajtóban. Politikai aktivisták keresték üzeneteikkel a bejáratot a médiába, és meg voltak győződve arról, hogy az államnak kell a médiát úgy szabályoznia, hogy abban megjelenhessen az egymással ütköző érvek sokasága.

Mindezekben az esetekben számomra fontos kérdés volt a gazdasági és a politikai hatalom kapcsolata, illetve hogy e kapcsolatot miként befolyásolja az Első Alkotmánykiegészítés. Az első három fejezet – *Szabad szólás és társadalmi struktúra, Miért az állam?* és *Csend az utcasarkon* – tárgyalja a gazdasági és a politikai hatalom összefüggéseit, illetve hogy milyen változások voltak megfigyelhetők a hetvenes-nyolcvanas években a Legfelső Bíróság e kérdésekkel kapcsolatos bíráskodási gyakorlatában. Az utolsó fejezet – *A szabad sajtó létrehozása* – az 1989-es európai forradalmakra reflektálva tárgyalja a gazdasági hatalom szólásszabadságra gyakorolt feltételezhető hatását olyan társadalmakban, melyek épp egy diktatúrából tartanak a demokrácia felé.

A hatalmi egyenlőtlenségek inkább származhatnak társadalmi, mint gazdasági okokból, és az elmúlt években a liberálisok megosztottak voltak abban, hogy a hatalmi egyenlőtlenségek társadalmi okait miként kell a szólásszabadság szempontjából számba venni. Ezen viták egyike a pornográfiához kötődik. Az 1950–60-as években a Legfelső Bíróság megalkotta az „obszcenitás" alkotmányos definícióját, hogy segítségével féken tartsa a szexuálisan szókimondó tartalmak állami szabályozását. Csak azon könyvek, magazinok és filmek voltak száműzve a nyilvánosságból, amelyek megfeleltek ezen szűken mért obszcenitás-definíciónak. Míg a

konzervatívok fennhangon követelték, hogy az állam rendelkezzen azzal a joggal, mellyel megvédheti a szexuális erkölcsöket, és ilyenformán elítélték a Legfelső Bíróság hozzáállását, a liberálisok egyöntetűen méltatták a Warren bíró által vezetett bíróság erőfeszítését, melyet a pornográfia cenzúrájának korlátozása érdekében tett, és a hatvanas évek végének szexuális politikáját a személyes szabadságjogok és a politikai szabadság forrásának látták.

Ugyanakkor a feministák a hetvenes évek vége és a nyolcvanas évek eleje táján – amúgy hosszú ideje a liberális koalíció oszlopos tagjaiként – egy új kampányt indítottak a pornográfia ellen, és ennek eredményeképp a pornográfiával összefüggő jogi szabályozás a liberalizmus újabb vitatott területe lett. A pornográfia ellen kezdett új kampány különbözött a korábbi, hasonló témában indított kezdeményezésektől, melyek a hagyományos szexuális normák nevében utasították el a pornográfiát. A feministák ezúttal a női egyenjogúság elérésének eszközeként alkalmazták a pornográfia elleni fellépést. Ahogy azt részletesebben tárgyalom esszémben, amely a *Szabadság és feminizmus* címet viselő negyedik fejezet a könyvben, a feminista mozgalom számos vezetője leszögezte, hogy a pornográfia erotizálja a nők feletti uralmat, és a nőket férfihasználatra való szexuális tárgyakká változtatja, mely eljárás részben felelős a nők alávetettségéért a személyes és a nyilvános szférában egyaránt.

Hasonló, a hátrányos helyzetben lévő társadalmi csoportok helyzetét befolyásoló nyilvános megnyilatkozásokkal kapcsolatos aggodalom vezetett az úgynevezett gyűlöletbeszéd szabályozásával kapcsolatos figyelem újraéledéséhez, jóllehet a pszichológiai folyamat, mely révén a gyűlöletbeszéd kifejti káros hatását, különbözik a pornográfiának tulajdonított káros hatás természetétől, és az ilyen módon állítólag áldozattá tett csoportok nem a nők, hanem a bőrszín és vallás alapján azonosított kisebbségi társadalmi csoportok. A hatodik fejezet tárgyalja a gyűlöletbeszéd korlátozhatóságának körülményeit, mely elgondolás a Legfelső Bíróság nevezetes 1992-es *R.A.V. v. St. Paul, Minnesota* ügyéből indul ki. Csakúgy, mint a pornográfia esetében, a kérdés ezúttal is az, hogy a gyűlöletbeszéd korlátozása összeegyeztethető-e a szólásszabadsággal. A liberálisok ebben a kérdésben is elkeseredett küzdelmeket vívtak egymással.

Ismét csak vitázni kezdtek, amikor a modern állam által finanszírozott megnyilatkozások kerültek a terítékre. A hetvenes és a korai nyolcvanas években az volt a fő vitakérdés, hogy az állami finanszírozású iskolák milyen könyveket vásárolhatnak maguknak, illetve könyvtáruk számára, míg manapság az a dilemma, hogy az állam miként finanszírozhatja a művészetet és a köztelevíziót. A liberálisok hagyományosan úgy tekintettek az Első Alkotmánykiegészítésre, mint az egyént védő pajzsra, amely az állampolgárt védi az állam részéről történő illetéktelen beavatkozástól, ám a szólásszabadság e felfogása egyre kevésbé volt alkalmas a megfelelő álláspont kialakítására, amikor nem állami beavatkozás, hanem állami újraelosztás volt a vita tárgya. Az újraelosztó tevékenység szükségképpen folyamatos együttműködést tesz szükségessé az állam és az állampolgárok között, és az

államnak kell döntést hozni arról, hogy a versengő elképzelések közül melyeket fogja támogatni.

Egyes liberálisok válasza az volt erre a dilemmára, hogy az állam úgy, ahogy van, vonuljon ki nyilvános megnyilatkozások finanszírozásának területéről, és hagyjon fel ezzel a tevékenységgel. Érveik szerint a finanszírozás összeegyeztethetetlen az államnak abbéli kötelességével, hogy pártatlannak kell lennie, és nem favorizálhat egyes állampolgári nézeteket másokkal szemben. Mások visszautasították az efféle költségcsökkentő terveket, mondván, az állam által működtetett és finanszírozott iskolák és könyvtárak fontos módokon járultak hozzá az amerikai közélethez és politikai szabadsághoz. Érveik szerint az ilyen állami szerepvállalás felszabadítja a nyilvános megnyilatkozásokat és a kultúrát a piac közvetlen befolyása alól. Ám még a liberálisok ezen csoportján belül is éles viták folynak azon alkotmányos irányelvekről, melyek e kultúrafinanszírozó programok bírósági felügyelete alapjául szolgálnak. Hogy tartható fenn az állami semlegesség ezen a területen? Ezt a kérdést tárgyalom az *Állami aktivizmus és állami cenzúra* című ötödik fejezetben, mely írás apropója a Nemzeti Művészeti Alap (*National Endowment for the Arts*) egy döntése feletti vita volt 1989–90-ben arról, hogy támogathatta-e az Alap Robert Mapplethorpe fotóművész egy kiállítását.

Az 1970-80-as évek szólásszabadság-vitái a liberális körökön belül részben a liberalizmus mint politikai filozófia érettebbé válásának köszönhetőek. Míg a 19. században a liberalizmus szinte egyet jelentett az egyéni szabadságjogoknak az állam ellenében való védelmével, napjainkban a liberalizmus felhatalmazása jóval több területre terjed ki. A liberalizmus manapság, legalábbis ahogy azt az Egyesült Államokban művelik, legalább annyira szolgálja az egyenlőtlenségek csökkentését, mint a szabadság védelmét.

A jog területén ez az ideológiai irányváltás az 1860-as évek polgárháborús alkotmánykiegészítéseiig vezethetők vissza, melyek eltörölték a rabszolgaságot, és minden polgár számára a törvény egyenlő oltalmát kínálták. E folyamat még ennél is fontosabb elemének tekinthető a *Brown v. Board of Education* eset az ötvenes évek közepe táján, és az általa elindított forradalom az amerikai jogban. A *Brown*-eset átalakította az alkotmányos rendet és az azt működtető politikai filozófiát azon meggondolás alapján, hogy az egyenlőség éppoly súllyal nyom a latban az alkotmányban, mint a szabadság.

A jogtudományban a liberalizmus változása legtisztábban John Rawlsnak, korunk egyik legfontosabb filozófusának munkájában érhető tetten. *Az igazságosság elmélete** (A Theory of Justice, megjelent 1971-ben) című munkájában sok fontos területen járult hozzá a liberális elmélethez, azonban talán legfontosabb ezek közül az általa a „különbségek elvének" nevezett elképzelés megfogalmazása és

* John Rawls: *Az igazságosság elmélete.* Budapest, Osiris, 1997.

megindokolása. Ezen elv a legrosszabb helyzetben lévő társadalmi csoport javára történő újraelosztásra buzdított, és ilyenformán egy erős egalitárius motívummal gazdagította a liberális hitvallást. Más vezető liberális jogtudósok munkáiban, Ronald Dworkin [*Vegyük komolyan a jogokat!* (Taking Rights Seriously),* 1977; és *Elvi kérdés* (A Matter of Principle), 1982.], Thomas Nagel [*Egyenlőség és elfogultság* (Equality and Partiality), 1991.] és Bruce Ackerman [*Társadalmi igazságosság a liberális államban* (Social Justice In the Liberal State), 1980.] munkáiban az egyenlőség elve más, de nem kevésbé hangsúlyos formában nyert indoklást.

Ily módon az egyenlőség a liberalizmus egyik alapvető céljává vált. A liberális elmélet hagyományos kötődése az állami minimalizmushoz ennek folyományaképp valamelyest meggyengült. A korlátozott állam lehet a szabadságjogok kiterjesztésének eszköze, de mint arra sokan rámutattak, az egyenlőségelvű célkitűzések gyakran az államhatalom erős gyakorlását követelik meg, beleértve a szólás és az önkifejező cselekvések korlátozását is. Azok, akik például támogatják a pornográfia és a gyűlöletbeszéd korlátozását, el szokták mondani, hogy a szabadságot olykor fel kell áldozni azért, hogy a hátrányos helyzetben lévő társadalmi csoportokat meg lehessen védeni a társadalmi megbélyegzéstől és alárendeltségtől. Hasonló egyenlőségelvű indíttatás alapján vitáznak a kampányfinanszírozásról, a bevásárlóközpontokról mint nyilvános terekről, az elektronikus médiaszabályozásról, továbbá a művészet, az oktatás vagy a könyvtárak számára nyújtott támogatás szabályozásáról. Az állam ilyetén cselekvése azt a célt szolgálja, hogy a hátrányos társadalmi helyzetben lévőknek ahhoz hasonló megnyilatkozási lehetőségeket adjon, mint amelyek a gazdagok rendelkezésére állnak. Sok liberális kiáll az állami beavatkozás, mint az egyenlőség megvalósításának eszköze mellett, annak ellenére, hogy ez az elképzelés magában foglalja az egyéni szabadság feláldozását, különös tekintettel annak szabadságára, hogy tulajdonát vagy bármilyen más gazdasági forrását bárki szabadon az általa választott politikai célra fordíthassa.

E fogalmak mentén az elmúlt két évtized szólásszabadság-vitáit úgy tekinthetjük, mint amelyek a liberálisokat azzal szembesítik, hogy választaniuk kell két transzcendens érték között. Melyiket helyezzük előrébb, a szabadságot vagy az egyenlőséget? A politikai gondolkodásban, de még az alkotmánytanban is gyakori jelenség az efféle konfliktus. Ennélfogva a jelenlegi helyzet a szólásszabadság történetében nem tekinthető egyébnek, mint egy szokványos dilemma felbukkanásának egy új területen. Azonban a mai szólásszabadság-vitákban látok egy másik problémát is, mely láthatatlan fonálként kapcsolja össze az összes, jelen kötetben elemzett kérdést. Ezekben az ügyekben nem egyszerűen csak az történik, hogy a

* Magyarul megjelent belőle: Ronald Dworkin: Vegyük komolyan a jogokat! In: Huoranszki Ferenc (szerk.): *Modern politikai filozófia.* Budapest, Osiris, 1998. – Láthatatlan Kollégium, 58–77.

szabadság konfliktusba kerül az egyenlőség elvével, hanem egy ennél is alapvetőbb konfliktusra, a szabadság és a szabadság közötti konfliktusra is rábukkanhatunk. A liberalizmuson belüli hasadás nem pluralisztikus elkötelezettségéből származik, vagy nem abból, hogy ne tudna fontossági sorrendet megállapítani a szabadság és az egyenlőség között, hanem – ez a meggyőződésem – éppen a szabadság értelme fölötti disputából. A szabadság két eltérő felfogása itt az igazi kérdés.

Egyes liberálisoknak a szólásszabadság azért fontos, mert így nyer védelmet az egyén szabad önkifejezéshez fűződő érdeke, vagy az a joga, hogy azt mondhasson, amit akar. Számukra mindenekelőtt az állam jelenti a veszélyt, amelytől meg kell óvni az egyént. Mások inkább társadalmi kontextusban értik a szabadságot. Ezen felfogás szerint az Első Alkotmánykiegészítés szerepe az, hogy megőrizze a nyilvános beszéd teljességét és nyitottságát: hogy az emberek tisztában legyenek életük fő kérdéseivel, és hogy minden, e kérdésekkel kapcsolatos álláspontot megismerhessenek. E megközelítés szerint a szólásszabadság a nyilvánosságot védő jog – a kollektív önrendelkezés eszköze –, és más fényben tűnik fel az állam is: éppenséggel mint a szabadság barátja. Kétség sem férhet ahhoz, hogy az állam korlátozhatja az életerős közbeszédet, ám nincs okunk feltételezni, hogy így is fog tenni, és ez az elképzelés éppenséggel azt sugallja, hogy az állam cselekedhet a szabadság érdekében is.

Jól látható ez a kampányfinanszírozás példáján. Egyes liberálisok támogatják annak állami szabályozását azért, hogy semmiképp se történhessen meg, hogy a gazdagok hangja kiszorítja a kevésbé jómódúakét. E szándék nem egyszerűen arra irányul, hogy egyenlő helyzetbe hozza a kevésbé jómódúakat – hogy a gazdagokéval egyenlő versenypályához juthassanak –, hanem hogy a közbeszéd minősége ne sérüljön az efféle egyenlőtlenségek miatt. Hasonló meggondolások érvényesülnek más, a liberálisokat megosztó viták kapcsán is. Eltekintve egyes hátrányos helyzetben lévő csoportok, mint a nők vagy a kisebbségek társadalmi helyzetére gyakorolt hatásuktól, egyes liberálisok azért támogatják a pornográfia vagy a gyűlöletbeszéd korlátozását, mert azt vallják, hogy ezek a fajta megnyilatkozások elhallgattatják a hátrányos helyzetű csoportokat, és így eltorzíthatják a közbeszédet. A magánkézben lévő hatalmi centrumok – mint a bevásárlóközpontok vagy az elektronikus média – állami szabályozása azért lenne üdvös, mert általuk a közvélemény sokszínű, éppenséggel egymással ellentétes forrásokból származó információkkal találkozhat. Az elektronikus média vagy a művészetek állami támogatása azért üdvözlendő, mert így szabadulhatnak ki a megnyilatkozások a piactól való szoros függésből, mely nyilván nem semleges a megnyilatkozásokra gyakorolt hatását tekintve, és nem is várható el tőle, hogy megadja az állampolgároknak mindazt, amit tudniuk kell szuverén kiváltságuk gyakorlásához.

Az imént felvázolt állami beavatkozások liberális támogatása vitatott empirikus bizonyítékokon alapszik, mint például a pornográfia elnémító hatása vagy a piac közbeszédet eltorzító természete. Hasonlóan csupán feltételezés, hogy az államot

nem hajtja befolyása alá valamely hatalmi központ, és nem használja éppen ellenkező célra, azaz hogy így nem gazdagodik, hanem szegényedik a közbeszéd. Mindezen területeken természetesen lehetséges a nézeteltérés, mint azt el is ismerem a következőkben olvasható esszékben, ám az állami beavatkozással szembeni harcos ellenállás oka bizonyos liberális körökben – úgy vélem – inkább az ideológiában, mintsem valamely instrumentális okban keresendő. Az elmúlt évek során javasolt állami beavatkozások ütköznek az állami minimalizmus klasszikus liberális követelésével, e követelés azonban az alkotmány felől értelmezve a szabad beszéd olyan felfogásává alakult át, amely kérlelhetetlenül előnyben részesíti az egyén önkifejezéshez fűződő jogait a közvélemény információs szükségleteivel szemben.

E nézeteltérések révén az Egyesült Államokban zajló vad szólásszabadság-vitákat egy sajátos jelleg és intenzitás jellemzi. E viták nem csupán arra késztetnek bennünket, hogy újra szembenézzünk a szabadság és az egyenlőség között feszülő ellentéttel, hanem egy ennél is mélyebben rejlő kérdésre kell választ adnunk, mégpedig, hogy mit jelent számunkra a szabadság. Ezek az esszék, melyeket az elmúlt években írtam, és amelyek ebben a válogatásban most jelennek meg először, erre a feladatra vállalkoznak. E tanulmányok az Egyesült Államok alkotmányos rendszerében gyökereznek, azonban egy olyan kérdést igyekeznek megválaszolni, amely minden demokratikus rendszer, keleti vagy nyugati, régi vagy új számára létfontosságú: mi a szabadság?

1.

Szabad szólás és társadalmi struktúra

Prológus

Az 1960-as évek végén kezdtem tanítani a Chicagói Egyetemen, és abban a szerencsében volt részem, hogy közeli kapcsolatba kerülhettem a korszak egyik legjelentősebb szólásszabadság-kutatójával, Harry Kalven Jr.-ral. (Lásd: Owen M. Fiss: Kalven's Way. University of Chicago's Law Review *1975/43., 4.). 1974 őszén, épp azt követően, hogy átmentem a Yale-re, Kalven meghalt, és egy vaskos kéziratot hagyott az íróasztalán, melyet csupán néhány évvel korábban kezdett el írni. Jamie Kalven, Harry fia látott neki annak a csaknem lehetelennek tűnő feladatnak, hogy kiadásra előkészítse a szöveget. A rákövető évtizedben Jamie-vel szoros együttműködésben végeztük el ezt a feladatot. (Lásd a szerkesztő bevezetését a munkában: Harry Kalven, Jr.:* A Worthy Tradition. *1988.)*

Akkoriban, amikor a Kalven-kézirat szerkesztésének folyamata a végéhez közeledett, magával az Első Alkotmánykiegészítéssel kezdtem foglalkozni, erről tanítottam és ezen a területen kezdtem publikálni. Fokozatosan egyre több problémám lett Kalvennek az akkortájt gyarapodó számú szólásszabadsági esetekkel kapcsolatos mélységes optimizmusával, mely attitűd átsütött kötetének szövegén, és melyet ékesszólóan fejezett ki a könyv címe: Egy csodálatra méltó hagyomány. *Törtem a fejem, hogy miért alakult ki bennem az ellenérzés ezzel a bevett tradícióval szemben. Rájöttem, hogy ez részben az alapattitűdünkben rejlő különbségnek köszönhető – Harry mindig a jót kereste a dolgokban. Egy idő után ugyanakkor az is világos lett számomra, hogy a megközelítésünkben rejlő eltérés fő oka az, hogy Harry elemzése egy olyan paradigmán alapszik, amely nekem ekkor már idejétmúltnak tűnt: az utcai szónok elképzelésén.*

Az alábbi esszé, melyet először 1985 novemberében, John F. Murray Előadásként adtam elő az Iowai Egyetem Jogi Fakultásán, és a következő évben az Iowa Law Review-ban adtam közre, ezt a gondolatot fejti ki, és javasolja, hogy a szólásszabadság alapjául szolgáló paradigma ma már ne az utcasarok legyen, hanem sokkal inkább az országos tévécsatorna. Most, tíz évvel ezután, azon kell töprengenem, hogy az országos tévécsatorna paradigmáját idejétmúlttá tette-e az a technológiai forradalom, amely a kiberteret, a digitális hálózatokat hozta magával. [Lásd: In Search of a New Paradigm. 104 Yale Law Journal *1613 (1995).]*

Az amerikai alkotmányosság egyik legfigyelemreméltóbb eleme a szólásszabadság. Segít annak a meghatározásában, hogy kik vagyunk mi mint nemzet. Az elv magában az Alkotmányban gyökerezik, azonban megítélésem szerint a Legfelső Bíróság elmúlt jó fél évszázadbeli ítélkezése az, amely alapjaiban formálta ezen elvet, és amelyből energiája és lendülete származik. E bírósági ítéletek indították útnak azt, amit Harry Kalven a „szólásszabadság-hagyománynak”[1] nevezett.

Ha már a hagyomány kerül szóba, Kalven, előtte pedig Karl Llewellyn[2] és T. S. Eliot[3] (óriások vállait említve) egy mindenre kiterjedő szemlélet jogosultságát sugallta. Mindent tekintetbe kell venni – semmit sem szabad kihagyni, a bírói ellenvéleményeket sem, és a meghiúsult indítványokat sem. A Legfelső Bíróság és az Első Alkotmánykiegészítés közötti bármiféle interakciót bele kell foglalni a szólásszabadság hagyományába. E hagyomány, jóllehet, nem egyszerűen egy enciklopédia: meghatározott formája, iránya és súlypontja van. Akik a szólásszabadság-hagyományról beszélnek, igyekeznek abba mindegyik ítéletet belefoglalni, és ebből valahogyan egy általányos érvényű meghatározást leszűrni arról, hogy mit jelent a szólásszabadság; hogy mi tartozik a középpontba és mi a perifériára, mi az, amire már nem terjed ki az Első Alkotmánykiegészítés védelme, és mi az, amire kiterjed a törvény hatálya stb. Az egésznek van egy formája. E forma nem állandó az időben, minthogy minden új ítélet vagy vélemény belekerül a hagyományba, és ily módon hozzájárul az egész szólásszabadság-tradíció átalakulásához, ugyanakkor maga a hagyomány is kényszerítő erőként hat minden jelenlegi és jövőbeli ítéletre. A hagyomány az a háttér, amelyre minden egyes bíró támaszkodik ítélethozatalában. Ez határozza meg, hogy melyek az adott ügy fő kérdései; felsorolja a forrásokat, amelyekkel e kérdéseket ütköztetnie kell a bírónak; és szolgál azokkal a nehézségekkel is, melyeket le kell küzdeni. Irányt mutat a bírónak.

Hiszek abban, hogy hasznos a Legfelső Bíróság szólásszabadság-ügyeire mint hagyományra tekinteni, és erős kísértést érzek arra is, hogy melegen méltassam ezt a hagyományt úgy, ahogy azt Kalven tette. Számomra azonban ez csak a történet fele. Úgy tűnik nekem, hogy e hagyomány bizonyos fontos vonatkozásokban nem mentes a hibáktól – olyannyira, hogy akár az is indokoltnak tűnhet, hogy újrakezdjük az egészet elölről, már amennyiben ez lehetséges.

Első fenntartásaimat a hetvenes években fogalmaztam meg magamnak – azon ritka korszakok egyikében, amikor Amerika hangosan gondolkodott arról, hogy a

[1] Harry Kalven, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988.

[2] Karl Llewellyn: *The Common Law Tradition.* Little, Brown and Company, 1960.

[3] T. S. Eliot: Hagyomány és egyéniség. In: T. S. Eliot: *Káosz a rendben.* Bp., Gondolat, 1981. (Eredeti cím: Tradition and the Individual Talent. Első kiadás éve: 1919.)

kapitalizmus és a demokrácia összeegyeztethető-e egymással. A politika világában e kétségek a Watergate-ügyhöz és Nixon elnök későbbi lemondásához kötődnek. Az ügyet kirobbantó esemény az volt, hogy betörtek a Demokrata Párt központi épületébe, ám amíg a felelősségre vonás folyamata elért a végéig, világossá vált számunkra, milyen mértékben korrumpálja a gazdasági hatalom országunk politikáját. A kongresszus válasza e folyamatra az 1974-es kampányreformtörvény[4] (Campaign Reform Act) volt, mely korlátozta a kampányhozzájárulások és a kampányköltés összegét, és állami alapot hozott létre a választások finanszírozására.

A kapitalizmus és demokrácia közötti feszültség a tudomány számára is feladta a leckét, amit ékesszólóan tükrözött Charles Edward Lindblom 1977-es *Politika és piacok*[5] (Politics and Markets) című könyvének heves fogadtatása, és a vita, amit keltett. Lindblom azt igyekezett megmutatni munkájában, hogy – a klasszikus demokráciaelmélettel szemben – a politika nem egy autonóm cselekvési szféra, hanem azok az uralkodó gazdasági érdekek formálják és ellenőrzik, amelyeket éppenséggel a politika lenne hivatott szabályozni. E „körkörösség” következtében a gazdasági és a társadalmi rendszer legfontosabb kérdései – amelyeket Lindblom „nagy kérdéseknek” *(grand issues)* nevez – a politika margóján maradtak. A választók valójában nem fontolták meg komolyan, hogy a kapitalizmus fenntartása indokolt-e, hogy a piac igazságosan méri-e ki a járandóságokat, vagy hogy megítéljék a rendszert, amelyen belül a dolgozói érdekképviseletek tevékenykedhettek, mivel – Lindblom érvelése szerint – a politika napirendjét a gazdasági érdekek irányították.[6]

Amíg a kutatók Lindblom könyvét olvasták és vitatkoztak fölötte és amíg a politikusok megpróbálták megérteni Watergate-et, a Legfelső Bíróság egy sor olyan szólásszabadsággal kapcsolatos esettel szembesült, amelyekben vizsgálni kellett a politikai és gazdasági hatalom kapcsolatát. A Bíróságnak választ kellett adni arra a kérdésre, hogy megengedhető lenne-e a méltányosság-doktrína* (Fairness

* Az Egyesült Államok médiahatósága, a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (FCC) 1949-ben alkotta meg a méltányosság-doktrínát, melynek értelmében az elektronikus médiában vita esetén minden fő érdekelt félnek lehetőséget kellett adni a megnyilatkozásra, és ha egy műsorban kritika ért valakit, akkor az illetőnek alkalmat kellett adni arra, hogy elmondhassa álláspontját. A szabály bizonyos mértékben az európai válaszadási joghoz (vagy a magyar terminológia szerinti sajtóhelyreigazításhoz), illetve a kiegyensúlyozott tájékoztatás európai szabályához hasonlított. E szabályt a hatóság 1987-ben törölte el. *A ford.*

[4] Federal Election Campaign Act Amendments of 1974, Pub. L. No. 93-443, 88 Stat. 1263 [kodifikálva: 2 U.S.C. §§ 431–437h, 438, 439, 441, 455, 456, 490a, 490b, 490c, 5 U.S.C. §§ 1501–1503, 26 U.S.C. §§ 2766, 6012, 9001–9012, 9031–9042 (1982)].

[5] Charles E. Lindblom: *Politics and Markets: The World's Political–Economic Systems.* New York, Basic Books, 1977.

[6] Uo., 201–21.

Doctrine) kiterjesztése az írott sajtóra,[7] és hogy a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (Federal Communications Commission, FCC) köteles-e vietnami erőfeszítéseink kritikusainak teret adni az országos elektronikus médiacsatornákon, hogy ott elmondhassák véleményüket.[8] Egy másik bírósági eset során az 1974-es kampányreform-törvényt támadták;[9] míg egy harmadik esetben megkérdőjelezték Massachusetts állam azon intézkedését, amely korlátozta az üzleti szférából származó kampányköltségeket az olyan népszavazások esetében, ahol a döntés tárgya a jövedelemadó volt.[10] Politikai aktivisták – híján lévén anyagi forrásoknak, melylyel a médiában időt vagy felületet vehettek volna – a bevásárlóközpontokat szerették volna kampánycélokra használni, hogy hozzáférhessenek a nagyközönséghez, és ebbéli céljuk érdekében a bíróságokhoz fordultak.[11] Hasonló ügyek nyilvánvalóan már korábban is felbukkantak a Legfelső Bíróság gyakorlatában, azonban a hetvenes években egyre gyakoribbak és nagyobb jelentőségűek lettek, és úgy tűnt, hogy az efféle kérdések dominálnak a testület elé kerülő, az Első Alkotmánykiegészítést tárgyaló ügyekben.

Ezek az esetek rendkívül bonyolult kérdésekkel szembesítették a Legfelső Bíróságot, talán az Első Alkotmánykiegészítés legnehezebb kérdéseivel, ami által előre megjósolható volt, hogy lesznek nézeteltérések a testületen belül az ítéletek során. Sejthető volt az is, hogy születnek elhibázott döntések. Amitől azonban elképedtem, az az ítéletek kiismerhető tendenciája volt: a kapitalizmus majdnem mindig nyert. A Legfelső Bíróság döntése érvénytelenítette a válaszadás jogát biztosító döntést, amely lehetőséget biztosított volna arra, hogy az érintettek vitás esetekben teret kaphassanak az írott sajtóban a válaszadásra; hasonlóképp, ítélete szerint az FCC-nek nem kell köteleznie az elektronikus médiát, hogy fizetett szerkesztőségi anyagot tegyen közzé, verdiktje szerint a gazdagok politikai célú pénzköltését nem lehet korlátozni, és végül megint csak ítélete szerint a plázák és bevásárlóközpontok, melyek a kertvárosi Amerika állampolgárai számára a fő gyülekezőhelyek, mint magántulajdonú közterek tulajdonosai nem kötelezhetők arra, hogy engedélyezzék politikai szórólapok osztogatását e helyszíneken. A demokrácia kollektív önrendelkezést ígér – emberek azon jogát, hogy döntsenek sorsuk felől –; és ezáltal olyan vitát feltételez a fontos kérdésekről, amely (Brennan legfelső bírósági bíró klasszikus formuláját használva) „korlátlan, *erőteljes* és szélesre nyitott".[12] A hetvenes évek szólásszabadság-ítéletei ugyanakkor olybá tűntek, hogy inkább elszegényítik,

[7] *Miami Herald Publishing v. Tornillo,* 418 U.S. 241 (1974).
[8] *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.,* 412 U.S. 94 (1973).
[9] *Buckley v. Valeo,* 424 U.S. 1 (1976).
[10] *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti,* 435 U.S. 765 (1978).
[11] *Lloyd Corp. v. Tanner,* 407 U.S. 551 (1972).
[12] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 270 (1964).

semmint gazdagítanák a nyilvános vitákat, és mint ilyenek, fenyegették a demokrácia egyik legalapvetőbb feltételét. És úgy tűnik, hogy meglehetős szisztematikussággal tették ezt.

Elsőre hajlottam arra, hogy ezen ítéleteket a nagyrészt Nixon elnök által kinevezett tagokkal feltöltött és az elnök által kinevezett Warren Burger legfelső bírósági elnök által vezetett testület abbéli szándékának tudjam be, hogy az ítélkezésben a szabadság új prioritást kapjon, és hogy így vessen véget az Earl Warren által vezetett korábbi testület egalitáriánus keresztes háborújának. Feltételezésem az volt, hogy ezen szólásszabadsággal kapcsolatos ügyekben, hasonlóan ahhoz, ahogyan az iskolafinanszírozás területén járt el,[13] a Burger vezette testület nem kívánta a szegények és kevésbé tehetősek helyzetén javító intézkedéseket támogatni, ha ez bárki szabadságának a feláldozásával járt együtt. Alaposabban megvizsgálva ezeket az eseteket, e problémák mélyebbnek és bonyolultabbnak tűntek. Rájöttem, hogy a probléma nem egyszerűen a szabadság és az egyenlőség ellentéte; sokkal inkább a szabadság két felfogása közötti konfliktus rejlik ezen ügyek mélyén. A vívott harc nem egyszerűen csata volt a szabadság és az egyenlőség között, hanem szabadság kontra szabadság küzdelem, vagy másképp fogalmazva, a csata nem az Első Alkotmánykiegészítés és az egyenlő védelem elve *(Equal Protection Clause)* között, hanem magán az Első Alkotmánykiegészítésen belül zajlik. Azt is megértettem, hogy a bíróság nem a szólásszabadság egy különös felfogását támogatja, hanem e felfogás jól működött a szólásszabadság-hagyomány szokásos keretein belül. Nem arról volt szó, hogy a Legfelső Bíróság egyszerűen a vállalkozói szabadsággal (vagy tulajdonnal) helyettesítette volna a politikai szabadságot;[14] a gazdagok vagy a tőke tulajdonosai talán nyertek, de csak azért, mert a politikai szabadság kívánalmát olyan módon vezették elő, hogy az pontosan illeszkedett a bevett szólásszabadság-hagyományba. A pénz: beszéd – épp annyira, mint amenynyire egy utcai felvonulás vagy egy könyv eladása az.

Idővel meggyőződésemmé vált, hogy azok a nehézségek, amelyekkel a Legfelső Bíróság viaskodott a hetvenes évek szólásszabadsággal kapcsolatos eseteiben, kivétel nélkül visszavezethetők a szólásszabadság-tradíció egyes tökéletlenségeire. A probléma a hagyománnyal volt, nem a bírósággal. Nem a hagyomány volt az, ami *kikényszerítette* ezeket az eredményeket; nincs olyan precedensanyag, mely képes lenne erre. Egy eltökélt, agyafúrt jogi mesterember kétségtelenül képes lehetett volna rá, hogy a szólásszabadság-hagyomány keretein belül maradva az ellenkező eredményeket hozza ki az eljárás végén, talán akár minden esetben. Azonban

[13] *San Antonio Indep. School Dist. v. Rodriguez,* 411 U.S. 1 (1973).
[14] Ugyanakkor lásd Norman Dorsen – Joel Gora: Free Speech, Property, and the Burger Court: Old Values, New Balances. 1982 *The Supreme Court Review* 195.

a dolgot egészében nézve úgy tűnik, hogy a hagyomány sugallt rossz irányt a bíráknak, és szolgáltatott kiváló alapot a többségük számára, hogy azt állítsák – egyébként meglehetősen hitelesen –, hogy a szólásszabadságot védik, miközben valójában valami egészen más, jóval homályosabb dolgot cselekedtek. Ez azt jelentette, hogy e döntések kritikája nem a Burger-bíróságot kellett hogy illesse, hanem valami nagyobb dolgot: az alaposan körülárkolt, de a végén mégiscsak tökéletlennek bizonyuló szólásszabadsági-jogi elvek együttesét.

I.

A szólásszabadság-hagyomány egész történetét tekintve lényegében az utcai szónokot védte. Valaki fog egy szappanosládát, kiteszi az utcasarokra, és arra fellépve fennhangon bírálja a kormányt, majd közrendbontásért letartóztatják. E helyzetben az Első Alkotmánykiegészítés mint pajzs nyeri el értelmét, amely az egyént védi az állam elhallgattatási szándékával szemben.

Az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos eljárások az első világháború alatt keltették fel a Legfelső Bíróság figyelmét, abban az időszakban, amikor e bizonyos alkotmányos pajzs meglehetősen vékony volt. Az utcai szónokot a legkisebb rendzavarásért letartóztatták. Az első ítéleteket nyíltan bírálták, például Brandeis és Holmes legfelső bírósági különvéleményeikben, ám e kritika, légyen olykor bármilyen ékesszóló és hősies, megmaradt az ismert keretek között, és a szólásszabadság határait csupán lépésről lépésre kívánta tágítani; elgondolásuk korlátozni kívánta a rendőr tetteit, és egyre több védelmet kívánt nyújtani az utcai szónoknak. E lépésenkénti stratégiában a kritika a progresszív mozgalom jellegéhez igazodott, és emellett sorsában is osztozott. A progresszív kritika a harmincas években érte el első sikereit a Hughes vezette legfelső bírósági testület korszakában, ám az Earl Warren vezette testület alatt érvényesült igazán; ekkorra vált az utcai szónok méltóvá ahhoz, hogy a demokrácia megvédje.

Nagyrészt e történelmi folyamatból származott a tartalomszabályozást tiltó elv, mely manapság a szólásszabadság-szabályozás sarokköve. A rendőr nem tartóztathat le egyetlen beszélőt sem az utcán csupán azért, mert nem tetszik neki, amit a szónok mond. A megnyilatkozások helyére, idejére, jellegére vonatkozólag hoztak ésszerű szabályokat – például az úttest közepét nem választhatja a beszélő szónoklata helyszínéül –, ám a beavatkozás nem alapulhat az elhangzott beszéd tartalmán vagy azon a kívánalmon, hogy egyes eszmék másokkal szemben előnyt élvezzenek. Természetesen a Legfelső Bíróság bizonyos helyzetekben megengedte a rendőrnek, hogy az elhangzott beszéd tartalma alapján intézkedjen, például amikor a beszélő bujtogatni akarta valamire a tömeget. De még ebben az esetben is ügyelt arra, hogy a rendőr a lehető legutolsó pillanatban lépjen közbe, amikor a tömeget abban kell megakadályozni, hogy elszabaduljon valami visszafordíthatatlan. Igazából a 20. század legnagyobb részében az Első Alkotmánykiegészítéssel foglalkozó jogtudomány nagy részét a „nyilvánvaló és közvetlen veszély” *(clear and present*

danger) és az „izgatás” *(incitement)* tesztjeiről folyt vita tette ki, mely erőfeszítések célja egy, azt a bizonyos lehetséges utolsó pillanatot jól kifejező nyelvi fordulat megtalálása volt.[15] Mindazok számára, akik részt vettek e nagy vitában, a közös nevező az volt – mint azt az 1969-es *Brandenburg v. Ohio* ítélet[16] egyértelműen leszögezte, mely talán e viták összegzésének és sok szempontból a Warren-testület e vitában hozott utolsó megnyilatkozásának is tekinthető volt –, hogy a rendőr nem avatkozhat közbe, ha a beszélő csupán általánosan tárgyal eszméket, legyenek bármilyen népszerűtlenek is azok.[17]

Én lennék az első, aki elismeri, hogy az első világháborús szólásszabadság-esetektől[18] az 1969-es *Brandenburg*-esetig tartó hosszú út nemes és lelkesítő tapasztalat. Az utcai szónoknak teljes védelmet nyújtó jogelvi anyag valóban meglehetős elismerést érdemlő teljesítmény; a védettséget kiharcoló csaták kemények voltak, és kimenetelük messze volt a biztostól. Szabadságunk egyik áldása a *Brandenburg*-eset. A probléma azonban az, hogy az utcai szónok mára elhanyagolható szerepet játszik a nyilvános vitákban, és az az elvi konstrukció, amely a Kalvenhez hasonlóan gondolkodóknak az utcai szónokkal a középpontban oly nagyszerűnek tűnt, mára a modern társadalom körülményei között szinte teljesen használhatatlan.

A Kalven által magasztalt hagyomány, az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt szólásszabadság egyenlő az autonómia védelmével – a törvény pajzzsal védi a beszélőt. Mindamellett, az elmélet, amely e védelem alapjául szolgál, amely Kalvent[19] és korábban előtte Meiklejohnt[20] inspirálta, és amely ma uralja a szólásszabadság-vitákat,[21] az Első Alkotmánykiegészítés alapvető célját társadalmi vagy politikai fogalmak szerint jelöli ki: a szólásszabadság célja nem az egyén önmegvalósításának biztosítása, hanem a demokrácia megőrzése, és az, hogy az emberek saját maguk dönthessenek arról, hogy milyen életet kívánnak élni. Az

[15] Lásd például Gerald GUNTHER: Learned Hand and the Origins of Modern First Amendment Doctrine: Some Fragments of History. 27 *Stanford Law Review* 719 (1975); Harry KALVEN, Jr.: Professor Ernst Freund and Debs v. United States. 40 *University of Chicago Law Review* 235 (1973).

[16] 395 U.S. 444 (1969).

[17] Uo. 447–49.

[18] Lásd például *Schenck v. United States,* 249 U.S. 47 (1919); *Froltwerk v. United States,* 249 U.S. 204 (1919); *Debs v. United States,* 249 U.S. 211 (1919).

[19] Harry KALVEN, Jr.: The New York Times Case: A Note on „The Central Meaning of the First Amendment”. 1964 *The Supreme Court Review* 191.

[20] Lásd Alexander MEIKLEJOHN: The First Amendment Is an Absolute. 1961 *The Supreme Court Review* 245; lásd még William J. BRENNAN, Jr.: The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment. 79 *Harvard Law Review* 1 (1965).

[21] Lásd például: Lee C. BOLLINGER: Free Speech and Intellectual Values. 92 *Yale Law Journal* 438 (1983). A széles támogatást jól jelzi, hogy olyan ellenfelek, mint Kalven és Bork e kérdésben hasonlóképp vélekednek. Lásd: Robert H. BORK: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

autonómia nem önmagáért védendő, ahogy például egy kantiánus vélné, hanem azért, mert az autonómia a kollektív önrendelkezés eszköze vagy instrumentuma. Hagyjuk, hogy az emberek beszéljenek, hogy mások szavazhassanak. A beszéd lehetővé teszi az embereknek, hogy ismervén az összes lehetőséget és rendelkezvén az összes lényeges információval, értelmesen és szabadon szavazzanak.

Ezen elmélet alapfeltevése, hogy az autonómia védelmezése fogja létrehozni azt a nyilvános vitát, amely, hogy ismét e talizmánszerű formulát alkalmazzam, „korlátlan, *erőteljes* és szélesre nyitott”. A hagyomány feltételezi, hogy ha az embereket békén hagyják, távol a rendőr fenyegető, nehéz tenyerétől, akkor ők a kérdéseket teljes mélységükben és méltányos módon fogják megtárgyalni. E gondolat előfeltevése, hogy az autonómia tartalmas nyilvános vitákat eredményez. Az utcasarok perspektívájából e feltételezés méltányolható lehet. Ám ha perspektívánkat megváltoztatjuk, mondjuk a CBS tévécsatornára fókuszálva, akkor e feltételezés tüstént roppant problematikussá válik. Ezen a ponton az autonómia és a tartalmas nyilvános vita, a két szólásszabadság-érték, jócskán széttartóvá és egymást kölcsönösen kizáróvá kezd válni.[22] A CBS tekintetében alkotott paradigmát alkalmazva elképzelhető, hogy az autonómia önmagában *elégtelen* ahhoz, hogy tartalmas nyilvános vita jöjjön létre. Különös módon, az autonómia éppen, hogy *ártalmas* lehet azon bizonyos célok elérése vonatkozásában.

Vannak, akik elismerik a paradigmaváltást, és azt, hogy az utcasarok idejétmúlt dolog, de ettől függetlenül a CBS-t csak a régi fórum egy új változatának tartják, afféle elektronikus utcasaroknak.[23] Ők úgy követelik a hozzáférést a tévécsatorna adta nyilvánossághoz, mintha az csak a nézetek kifejezésének egy másik fóruma volna, és ragaszkodnak ahhoz az elvhez, hogy a fórumhoz való hozzáférésnek nincs köze ahhoz, hogy az adott fórum éppenséggel kinek a tulajdonában áll. Ez a nézet közelebb visz bennünket ahhoz, hogy megértsük, milyen szerepet is játszik a szabad szólás a modern társadalmakban, azáltal, hogy megmutatja, hogy a szólásszabadság gyakorlása függ attól, hogy kinek milyen anyagi források állnak rendelkezésére, és emlékeztet bennünket arra, hogy manapság több kell hozzá, mint egy szappanosláda, egy erős hang és a tehetség a közönség figyelmének megtartására. Másrészt e nézetből hiányzik valami: nem veszi figyelembe azt a tényt, hogy a CBS nemcsak fórum, hanem beszélő is, és ily módon elbagatellizálja azt a nehézséget, amit a kommunikációs paradigmaváltás jelent a bevett szólásszabadság-

[22] A két szólásszabadság-értékről lásd Brennan bíró megjegyzését: William J. BRENNAN, Jr.: Addres. 32 *Rutgers Law Review* 173 (1979). E szemléletet tükröző vélemény *Richmond Newspapers v. Virginia,* 448 U.S. 555, 584-89 (1980) – Brennan bíró itt párhuzamos véleményt fogalmaz meg. Lásd még Jeffrey L. BLUM: The Divisible First Amendment: A Critical Functionalist Approach to Freedom of Speech and Electoral Campaign Spending. 58 *New York University Law Review* 1273 (1983).

[23] Lásd például Jerome A. BARRON: *Freedom of the Press for Whom? The Right of Access to Mass Media.* Indiana University Press, 1973.

hagyomány számára. Számomra a CBS egyszerre fórum és beszélő; és a CBS beszélő-státusa az, ami e hagyomány számára a legnagyobb nehézséget jelenti. Mint beszélő, a CBS igényelheti autonómiája védelmét, amit a hagyomány szavatol számára, és mégis elképzelhető, hogy az autonómia gyakorlása nem gazdagítja, hanem inkább elszegényíti a nyilvános vitát azzal, hogy korlátozza, hogy mely nézetek jelenhetnek meg a rádióhullámokon, és így meghiúsítja a szólásszabadság-hagyomány demokratikus törekvéseit.

Ha a CBS-ről mint a beszélőről gondolkodom, és megkövetelem számára a szólásszabadság-hagyomány adta előnyöket, azt feltételezem, hogy a hagyomány védte autonómiát nem kell kizárólag az egyénre korlátozni. Ez kiterjedhet intézményekre is. Az autonómiát nem azért értékelték nagyra Meiklejohn és hívei, amivel az hozzájárul az egyén fejlődéséhez (önmegvalósítás), hanem azért a hozzájárulásért, amely révén gazdagodik politikai életünk, és e hozzájárulás származhat szervezetektől éppúgy, mint magánszemélyektől. Az NAACP,* a Náci Párt, a CBS és a First National Bank of Boston, akárcsak egy egyén, jogosultak a hagyomány által szavatolt autonómiára, és nem célszerű ezen intézményi autonómiákat azon személyek egyéni autonómiájává redukálni, akik (bármely időpontban) a szervezetet irányítják, vagy azon belül dolgoznak.

Az intézményi autonómiát védelmező ezen elkötelezettség részét képezi a felfogás, miszerint egy szervezetnek lehetnek nézőpontjai, és hogy e nézőpontok nem kevésbé érdemesek az Első Alkotmánykiegészítés védelmére, mint amennyire az egyéneké. Egy szervezet nézőpontja nem redukálható senki egyéni nézeteire, minthogy az egyének, belső szervezeti struktúrák és a szervezetet meghatározó környezet közötti összetett interakció eredményeképp jön létre. Egy olyan szervezet, mint a CBS vagy a First National Bank of Boston nézőpontja talán nem annyira hangsúlyos, határozott, mint az NAACP-é vagy a Náci Párté (és talán ezért gondolunk egy tévécsatornára inkább fórumként), azonban ettől még e szervezetek nézőpontja éppoly valódi, átható és kommunikált – csaknem a végtelenségig. Nem szorítkozik mindössze a sugárzott „szerkesztőségi üzenetekre", hanem kiterjed a *Szerelemhajó*** (Love Boat) című népszerű tévésorozatra is. Egy egyszerű tévéshow-ban vagy reklámban is megjelenik egy világkép, amely cserében előfordul, hogy meghatározza vagy irányítja lehetőségeinket és választásainkat.

Ebből a szemszögből nézve a CBS autonómiájának védelme a tartalomszabályozást elvető szabályon keresztül éppoly megfelelőnek tűnik. A CBS szabadsága arra nézve, hogy azt mondjon, amit kíván, gyarapíthatja a közéleti vitákat (ha jóindulatúan szemléljük a dolgot), és így hozzájárulhat az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus céljainak megvalósításához. A baj csak az, hogy fordítva is működik a dolog, mivel amikor a CBS hozzáad valamit a közéleti vitákhoz, ugyanazzal az aktussal el is vesz belőlük valamit. Amit mondanak, az meghatározza azt, hogy mit nem mondanak. A döntés, hogy az esti főműsoridő alatt a *Szerelemhajó* menjen, szükségképp magával hoz egy másik döntést arról, hogy a szóban forgó idősávban nem egy másik műsor lesz, amely bírálja az elnök külpolitikáját, vagy egy dokumentumműsor Lindblom valamelyik „nagy kérdéséről". Ily módon láthatjuk, hogy az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt célok teljesítésének kulcsa nem az autonómia, mely a legbizonytalanabb vagy leginkább kétarcú viszonyban van a nyilvános vitákkal, hanem e kulcs a tévéadás aktuális hatásában keresendő: mindent összevetve gazdagítja-e az a közéleti vitákat. A beszéd védelmet élvez, amikor így tesz (és csak ekkor élvez védelmet), és pontosan azért, mert gazdagítja a közéleti vitákat, és nem amiatt, mert a tévéműsor az autonómia gyakorlásának számít. Igazából az autonómiát alkalmanként fel kell áldozni azt biztosítandó, hogy a közéleti vita kellően gazdag legyen ahhoz, hogy hozzájáruljon a valódi kollektív önrendelkezés létrejöttéhez. Amire az Első Alkotmánykiegészítésben a „szólásszabadság" kifejezés utal, az egy szociális állapot, nem pedig egy egyén vagy egy intézmény cselekvése.

Az a kockázat, amit az autonómia jelent a szólásszabadságra nézve, nem korlátozódik az olyan esetekre, amikor a CBS vagy más média gyakorolja a szólásszabadságot, hanem előfordul azon helyzetekben is, amikor a beszédre szűkös körülmények között kerül sor, azaz amikor a kommunikációra való lehetőség korlátozott. E helyzetekben egy adott megnyilatkozás szükségképp elveszi a helyet egy másiktól. Az utcasarki helyzetben a szűkösség nem tűnik fel; amikor az utcasarokra gondolunk, szokásosan azt feltételezzük, hogy minden szónok lehetőséget kap beszélni, és hogy a közönség figyelme lényegében végtelen. Igazából ezért is tűnik az utcasarki helyzet oly vonzó tanmesének. Azonban a politikában a szűkösség nem a kivétel, hanem éppen hogy a szabály. A kommunikáció számára adott tér és idő korlátai miatt, vagy pedig az üzenetek megemésztését és feldolgozását lehetővé tevő képességeink véges volta miatt korlátozottak a lehetőségek a beszédre. Ez teljesen nyilvánvaló és egyértelmű az elektronikus médiában, amely meghatározó szerepet játszik annak eldöntésében, hogy milyen témákról vitatkoznak és azt hogyan teszik, de e korlátozottság más kontextusokban is fontos. Egy népszavazáson vagy egy választás alkalmával például jó okunk lehet az aggodalomra, ha a kampányba beszállnak a gazdagok vagy a hatalmasok, mivel a rendelkezésükre álló források révén képesek arra, hogy a nyilvánosságot elárasszák az üzeneteikkel. A plázák hangosbeszélőin játszott andalító zene megtölti az oda sereglő emberek elméjét. Vagy vegyük azt, hogy milyen könyveket vásárol meg egy könyvtár, vagy hogy mi kerül egy iskolai tananyagba. A döntés egy könyv beszerzéséről vagy egy kurzus tantervbe emeléséről szükségképpen más könyvek, illetve kurzusok kizárását jelenti.

* Országos Szövetség a Színesbőrű Emberek Fölemelkedéséért (*National Association for the Advancement of Colored People*). *A ford.*

** A Love Boat népszerű sitcom sorozatot 1977 és 1986 között sugározta – az ABC tévétársaság. *A ford.*

Természetesen, ha világos képünk lenne arról, hogy mit kellene magában foglalnia a nyilvános vitának, biztos alapunk lenne ahhoz, hogy eldöntsük, hogy a vita, mely az autonómia gyakorlásából származik, tényleg magával hozza-e az igazi kollektív önrendelkezést. Herbert Marcuse szerint például a háború, rasszizmus vagy gazdasági kizsákmányolás támogatása ellentétes a demokrácia elveivel, így nem tolerálható.[24] Az efféle, lényegre törő kiindulási pont megkönnyíti a dolgokat, ám nem feltétlenül szükséges. Enélkül is minden okunk meglehet az aggodalomra az autonómia által uralt közéleti viták minőségével kapcsolatban; az autonómia védelme olyan vitákat fog eredményezni, melyek magukon viselik a társadalmi struktúrát uraló erők befolyását. Thomas Jefferson idejében, amikor egymással szemben álló egyénekből állt a világ, ez nem jelentett gondot, mivel elmondható volt, hogy a társadalmi rendszer – csakúgy, mint a formális politika folyamata – önmagában demokratikus volt. Ma azonban minden okunk meglehet az aggodalomra, minthogy a világ, amelyben élünk, távolabb van a Jefferson által megálmodott demokráciától, mint az utcasarki szónok világától.

Az autonómia uralma által eltorzított közéleti viták feletti félelmem egyáltalán nem kötődik a kapitalizmushoz. Akkor érzem, amikor a hatalmat egyenlőtlenül látom eloszlani egy társadalomban: a kapitalizmus csak egyike azon számos társadalmi rendszernek, amely egyenlőtlenül osztja el a hatalmat. Ezenkívül azt sem hiszem, még a kapitalizmus kontextusában sem, hogy a hatalomgyakorlás a társadalomban kizárólag a gazdasági hatalomból származna, és a közéleti viták torzulásait sem gondolom egyértelműen visszavezethetőnek gazdasági okokra; bürokratikus rendszerek, személyiségek, társadalmi szakadékok és kulturális normák mind szerepet játszanak abban, hogy milyen lesz a közéleti viták minősége. Azonban ettől függetlenül kijelenthető, hogy a kapitalista társadalomban az autonómia védelme általánosságban olyan közéleti vitát hoz létre, melyben domináns szerepet játszanak azok, akik gazdasági hatalommal bírnak. A piac – még ha hatékonyan és kifinomultan működik is – nem szavatolja minden releváns vélemény részvételét a vitában, hanem csak azokét, amelyeket a gazdagok támogatnak, vagy olyanok, akik tudnak másoktól kölcsön kérni ehhez, vagy esetleg akik egy olyan terméket képesek létrehozni, amely megfelelő számú hirdetőt, illetve előfizetőt képes felhajtani, így biztosítandó vállalkozásuk fenntarthatóságát.

A CBS nem monopólium, hanem néhány másik nagy (és kisebb) csatornával versenyez a publikum figyelméért. A tény, hogy a CBS vezetőit (pontosan nehezen meghatározható mértékben) a piac irányítja döntéshozatalaikban, egyáltalán nem csökkenti annak kockázatát, hogy az autonómia védelme – a rendőr kezének visszatartása – nem hozza majd létre azt a közéleti vitát, amelyet a demokratikus el-

[24] Herbert Marcuse: Repressive Tolerance. In: Robert Paul Wolff – Barrington Moore, Jr. – Herbert Marcuse: *A Critique of Pure Tolerance.* Beacon Press, 1965. 81.

mélet elengedhetetlennek tart. A piac önmagában egy korlátozó struktúra, mely meghatározott módon csatornázza, terelgeti és formálja azt, hogy miként fogják az autonómiát gyakorolni. Ebből a szemszögből tekintve a szabad és nyílt vita elhanyagolható, ha a piac által a nézők számára megjelenített választékot például a *Szerelemhajó* és a *Fantázia-sziget** jeleníti meg. Ebben a tekintetben a CBS és a többi nagy médiacsatorna ékesen illusztrálja – mint példa, és nem mint kivétel –, hogyan működik a média egésze a kapitalizmusban. Igaz, a CBS és az elektronikus média többi csatornája az államtól kapott frekvenciahasználati engedély révén tevékenykedik, mely rendszer a frekvenciaszűkösség érvén alapszik. Azonban azok a veszélyek, amelyekről én beszélek, nem korlátozhatók az olyan esetekre, amikor a közéleti viták torzulása inkább a gazdasági, mintsem a jogi, illetve technikai indokoknak tulajdonítható.

Az egyénnek az a joga, hogy „szabadon" alapíthat újságot, nem vonatkozik a tévécsatorna indítására, mivel az utóbbi esetben mind tőkére, mind az állam engedélyére szükség van, szemben az újság példájával, ahol csak tőkére van szükség. Azonban önmagában a tény, hogy tőkére van szükség, aggodalomra adhat okot, hisz a tőkeigény éket ver az autonómia és a közéleti vita közé. Az állami frekvenciagazdálkodás meghatározott módokon torzíthatja a piacot, ám még a közgazdászok ábrándjaiban élő piac is befolyásolja a közéleti vitákat, nem feltétlenül csak olyan tényezők miatt, melyek közvetlenül kapcsolódnak az eladhatóság logikájához, hanem olyan tágabb meghatározottságot jelentő ügyek miatt is, mint a társadalmi nemek egyenlősége vagy a nukleáris eszközök terjedése (jóllehet nehéz megjósolni, hogy az efféle ügyek milyen módon, milyen irányba fogják eltéríteni a közéleti vitákat). Nem csoda, hogy a szólásszabadság-hagyományt hajlamosak vagyunk „a gondolatok piacának" *(marketplace of ideas)* nevezni.[25]

* Az ABC tévécsatornán 1978 és 1984 között futó fantasy sorozat. *A ford.*

[25] A metafora Holmes bíró nevezetes különvéleményéből származik, *Abrams v. United States,* 250 U.S. 616, 630 (1919). – Holmes, különvélemény: „De amikor az emberek felismerték, hogy az idő számos viaskodó meggyőződést eltöröl, a saját személyes életvitelük alapjául szolgáló hitnél is jobban kezdtek hinni abban, hogy a vágyott végső jó könnyebben érhető el az eszmék szabad adásvétele révén – azaz, hogy az igazság legjobb mércéje a gondolat hatalma, mely révén az elfogadtatja magát a piacon zajló verseny során…". Maga a „gondolatok piaca" elnevezés furcsa módon Brennan bírótól származik. Lásd *Lamont v. Postmaster General,* 381 U.S. 301, 308 (1965) – Brennan bíró, párhuzamos vélemény. Brennan Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatban kialakított véleményének deliberatív eleme Brandeisre vezethető vissza, akit gyakran Holmesszal kapcsolnak össze annak okán, ahogy a nyilvánvaló és közvetlen veszély tesztjét használta, de akinek nem volt szájíze szerint való a piac-metafora. A szólásszabadság-hagyomány poétikájáról lásd ezen ihletett esszét: David Cole: Agony at Agora: Creative Misreading in the First Amendment Tradition. 95 *Yale Law Journal* 857 (1986).

II.

A klasszikus liberalizmus éles elkülönültséget tételez az állam és a polgár között. Arra tanít bennünket, hogy óvakodjunk az államtól, a szabadság és a korlátozott állam közé pedig egyenlőségjelet tesz. A szólásszabadság-hagyomány e szemléletre épít, amikor a szabad szólást az autonómiára redukálja, és az autonómiát a kormányzati beavatkozás hiányaként definiálja. A liberalizmusnak az állammal szembeni bizalmatlanságát jól fejezi ki a rendőr és a szappanosládáról beszélő utcasarki szónok ellentéte, illetve a meggyőződés, hogy a rendőr a beszéd ellensége. A szólásszabadság bevett tradíciójában a szabad beszéd pusztán egy alkotóelem lesz – talán az egyetlen, ami megmarad[26] – a kormányzat korlátozásának jóval szélesebb jogalapjából. Vonzerejét nagyban köszönheti a liberalizmussal kapcsolatos történelmi elkötelezettségünknek.

Amikor azt javaslom, hogy az utcasarokról a CBS-re összepontosítsuk figyelmünket, akkor ezzel nem akarom tagadni az államnak és a polgárnak a klasszikus liberalizmus általi megkülönböztetését. Ehelyett álláspontom az, hogy nem egymástól hermetikusan elzárt szférákként kell szemlélnünk őket. A CBS se nem egy állami cselekvő, se nem egy privát állampolgár, hanem valami mindkettőjükből. A CBS magántulajdonban van, és dolgozóit nem az államkincstár fizeti. Ugyanakkor az is igaz, hogy a CBS központi tulajdonát – a műsorszolgáltatási engedélyt – az állam hozta létre és adta át a tévécsatornának. Ez adja azt a jogot a CBS-nek, hogy másokat kizárjon a számára átadott frekvenciasávból. Ezen kívül a CBS az engedély birtokában másféle, általánosabb előnyökhöz is jut, például a cégbejegyzés vagy az adózás révén. A CBS-re igaz, hogy emellett közfunkciókat is ellát, mégpedig az oktatásban. Ilyenformán a CBS-ben keverednek a magán és a köz elemei. Ugyanez igaz a nyomtatott sajtóra, csakúgy, mint minden vállalatra, szakszervezetre, egyetemre és politikai szervezetre. Manapság a társadalom nagyobb részét olyan szervezetek teszik ki, melyekben helyet kap a magán- és a közszféra is.

[26] Lásd Ronald H. Coase: The Market for Goods and the Market for Ideas. 64 *American Economic Review: Papers and Proceedings* 384 (1974); Aaron Director: The Parity of the Economic Market Place. 7 *The Journal of Law and Economics* 1 (1964).

Az utcasarokról a CBS-re való összpontosítás révén felismerhetjük a jelentős társadalmi intézmények hibrid jellegét; így kezd leomlani a válaszfal itt-ott a klasszikus liberalizmus által elválasztottnak tekintett köz- és magánszféra között. Hasonlóképpen e szemléletváltás megspórolja számunkra azokat a fölösleges osztályozási gyakorlatokat, amikor is azt latolgatnánk, hogy a CBS „igazából" a magán- vagy a közszférához tartozik-e, és emellett a szólásszabadság-hagyomány kicsiny drámája által megörökített sztereotip szerepeket is újraértékelhetjük így. Többé nem hagyatkozhatunk arra a meggyőződésre, hogy a rendőr szükségképpen gonosz, és hogy az állampolgár jó. Az Első Alkotmánykiegészítés által védelmezett ügyekben éppúgy eljárhat fenyegetőleg egy magánszemély, mint egy állami szervezet. Egy magántőkével működő vállalat éppúgy fenyegetheti a közbeszéd sokszínűségét, mint egy állami szervezet, minthogy mindkettőre szabályok vonatkoznak, melyek korlátokat szabhatnak nekik a tekintetben, hogy mit mondhatnak vagy másoknak mint engedhetnek mondani. Az állam rendelkezik a legitim erőszak monopóliumával, azonban nincs szükség e különleges hatalmi jogosultságra ahhoz, hogy féken tartsa és korlátozza a közügyek tárgyalását. Egy műsorigazgatónak nem kell letartóztatnia valakit (jogosan vagy másképp) ahhoz, hogy megvalósítsa e célt, elég, ha egy műsor helyett egy másikat választ, és bár e döntés nem teljesen tetszőleges vagy önkényes, mert korlátozza azt a piac, ez a tényező nem csökkenti a közügyek megvitatására gyakorolt fenyegetést. Ehelyett ez épp maga a probléma forrása. És az úgynevezett magánkézben lévő média ugyanilyen korlátozások közepette működik, a piac igyekszik korlátozni és határok közé szorítani a közhírré tett témákat.

Csakúgy, ahogy többé nem lehet kijelenteni, hogy a magánszektor csupán szabadságból áll, az államról sem állíthatjuk, hogy csak cenzúrázna. Ez úgyszintén annak a tanulsága, hogy immár nem az utcasarki szónokot, hanem a CBS-t vizsgáljuk. E szemléletváltás emlékezethet bennünket arra, hogy a modern világban az állam éppúgy gazdagíthatja a közéleti vitákat, mint ahogy korlátozhatja azokat. Az állam ezt részben különféle támogatások és más juttatások révén teheti. Itt nem csak olyasmikre gondolok, mint az állam szerepére abban, hogy a CBS frekvenciához jutott, hanem az állami ráfordításokra, melyek révén köztelevíziók és közrádiók, állami és magánegyetemek és közoktatási rendszerek működnek. Ezek az intézmények a közvélemény elé tárnak olyan témákat és szempontokat, amelyeket amúgy elhanyagolnának vagy figyelmen kívül hagynának a piaci kötöttségek által befolyásolt, magánkézben lévő intézmények. Ezáltal rendkívüli mértékben hozzájárulnak a közügyek nyilvános megbeszéléséhez, és így élvezniük kell mindazokat az előjogokat, melyeket a magántőke segítségével működő intézményeknek szánunk (és természetesen eszerint ugyanolyan korlátoknak is kell vonatkozniuk rájuk, mint amelyek a magánkézben lévő intézményekre vonatkoznak).

A támogatásokról szóló rendelkezéseken túl felmerülhet, hogy az állam éppenséggel úgy gazdagíthatja a közügyek megtárgyalását, ha a rendőr már megismert szerepét magára öltve végzi a szabályozás feladatát. A CBS arra tanít bennünket,

hogy az efféle kormányzati cselekvésre – megintcsak a tartalomra alapozva – szükségünk lehet szabadságunk védelme érdekében. A média azon hatalmát, hogy azt sugározza, ami tetszik neki, korlátozni kell; mivel – ahogy láthattuk a behelyettesítés logikájának elemzésekor – e hatalomnak mindig két éle van. Minden pillanatban elvesz valamit a közügyek megtárgyalásából, amikor épp hozzáad valamit. Hasonló módon lehet, hogy a politikai kiadásokat is korlátok közé kell kényszeríteni ahhoz, hogy biztosak lehessünk abban, hogy a kevésbé tehetősek hangját nem fogják elnyomni a közéleti vitákban. A múltban ambivalens módon ismertük el az ilyetén állami szabályozás létjogosultságát a szólásszabadság nevében – lehetővé tettük, hogy az elektronikus médiát szabályozza a méltányosság-doktrína, és a kampányfinanszírozás is korlátokat kapott. Ám még e szabályozási mechanizmusok is folyamatosan viták kereszttüzében álltak, mindenesetre a szabályokból inkább többre lenne szükség, mint kevesebbre. Például szükség lenne törvényekre, melyek az új nyilvános terek, a bevásárlóközpontok és plázák tulajdonosait kötelezik arra, hogy megnyissák e helyeket a politikai brosúrákat osztogató aktivisták előtt.

A gazdag közéleti viták iránti elkötelezettség megengedi, olykor kimondottan szükségessé teszi, hogy az állam ilyen esetekben cselekedjen, tűnjenek bármilyen elnyomó jellegűnek első látásra ezek az intézkedések. Az autonómiát feláldozzuk ugyan és tartalomszabályozásra is sor kerül, azonban csak azon meggondolástól vezetve, hogy a közéleti viták gazdagodnak ily módon, és gyarapodnak képességeink a demokratikus önrendelkezés gyakorlására. E megközelítés kockázatai nem elhanyagolhatók, és ha bármely pillanatban riasztónak tűnnek, csak akkor tudjuk megítélni őket, ha mérlegeljük az autonómia korlátlan uralmának rejtett költségeit is.

III.

Megközelítésem mélyén az a meggyőződés rejlik, hogy a jelenkori társadalmi rendszer épp annyira a szabad szólás ellensége, mint a rendőr. Vannak, akik e meggondolástól vezetve egyenest a társadalmi rendszert támadják, mondván, a hatalmi koncentrációt kell szétzúzni és szétszórni oly módon, ami Jeffersonnak kedvére lenne. E megközelítés olyan megoldást javasol, amely közvetlenül a probléma forrását veszi célba, mely eljárás mint szociális és jogi kérdés, sőt, talán mint etikai kérdés, biztos, hogy túl van a mi szándékainkon. Az Első Alkotmánykiegészítés nem kíván forradalmat. Kívánhat azonban némi változást az állammal kapcsolatos felfogásunkban. Meg kell tanulnunk az államra a szólásszabadság barátjaként, és nemcsak ellenségként tekinteni; mint bármely szereplő a társadalomban, az állam is képes mindkét minőségében cselekedni, és a közéleti viták kérdését próbakőként használva meg kell tanulnunk megkülönböztetni e két arcát. Amikor az állam a közéleti viták gazdagítása érdekében cselekszik, ebbéli tetteit mint az Első Alkotmánykiegészítéssel harmóniában lévőket kell elismernünk. Sőt mi több, ha alkalmanként ezt elmulasztja szavatolni, bizalommal fordulhatunk az államhoz azt követelendő, hogy támogatólag lépjen fel e célért. Az állam kötelessége, hogy biztosítsa a közéleti viták sértetlenségét – meglehetősen hasonlóan ahhoz, ahogy egy jó tanár cselekszik –; de nem azért, hogy a meggyőződést belénk nevelje, vagy az „Igazságot" mindenáron beleverje a fejekbe, hanem, hogy őrködjön az igazi és szabad kollektív önrendelkezés körülményei felett. Folyamatosan cselekednie kell a társadalmi rendszer torzulásait egyengetendő, azt biztosítandó, hogy a fennálló rendet azért ismerjük el, mert hiszünk benne, mert ez a legjobb, és nem azért, mert ez az egyetlen, amit ismerünk vagy amelyet ismernünk engednek.

Felmerülhet a kérdés, hogy az általam támogatott (bátortalan) strukturális megközelítés vajon nem jelent-e szakítást a szólásszabadság-hagyománnyal, és ehhez felidézhetjük, hogy a szólásszabadság-hagyományban olykor felfedezhetjük az állammal szembeni bizalom nyomait. Ezek közül egyik a *Red Lion*-eset, mely fenntartotta a méltányosság-doktrínában foglaltakat a médiaszabályozásban és az olyan

beszélők megnyilatkozásainak tartalomszabályozását, mint a CBS.[27] Ezen eset természetét tekintve kilóg a szólásszabadság-hagyomány általános szerkezetéből, és sosem lett kellőképpen megindokolva. Mindig csudabogárnak számított, amit bár megtűrtek, igazából sosem tudtak igazolni, és tették ezt azon az alapon, hogy a műsorszolgáltatók az államtól kapják működési engedélyüket. Sosem fejlődött tovább, amint egy megfelelőképp indokolt precedenstől elvárható lett volna, hogy hasonló intézkedések számára szolgáljon alapul az írott sajtóra vonatkozóan, vagy hogy a méltányosság-doktrína minden velejárójával együtt kötelezővé váljon, ne pedig megengedhetővé. Az elv pályagörbéje épp az ellenkezőt sugallta. Nem kis jelentőséggel bír számomra, hogy Kalven (és jó néhány, a szólásszabadság-hagyomány keretein belül tevékenykedő kutató) a *Red Lion*-esetben írtak Amicus Curiae-leveleket a média érveit támogatandó.[28]

Azonban az Első Alkotmánykiegészítés-doktrínának van egy másik aspektusa is, amely igazolja annak elfogadó attitűdjét az állammal kapcsolatban, és amely alaposabban körülbástyázott és talán megfelelőbb módon indokolt. Amire itt utalok, az Kalvennek a „a heccelő vétója" *(heckler's veto)* elnevezésű formulája.[29] E doktrína eredete Black bíró különvéleményére vezethető vissza a *Feiner v. New York*[30] esetben, de ma már saját jogán része a szólásszabadság-tradíciónak. Ezen elgondolás elismeri, hogy amikor egy beszélő feldühíti a tömeget, és emiatt a beszélőt fenyegető tömeg révén veszélybe kerül a közbéke, akkor a rendőrnek annak érdekében kell cselekednie, hogy biztosítsa a szónoknak a beszéd lehetőségét. Ahogy Kalven egyszer ezt megfogalmazta, a rendőr dolga, hogy megfékezze a tömeget. Az állam határozott fellépését támogató „heccelő vétója"-doktrína ilyenformán afféle ékként viselkedik azt javasló előterjesztésemben, hogy próbáljunk meg másképpen gondolkodni az államról, ám még mindig hagyná a Legfelső Bíróságot a szólásszabadság-hagyomány keretein belül tevékenykedni. Közelebbről szemügyre véve e kérdést azonban azt hiszem, hogy e felfogás csupán jámbor óhaj marad, és a múlttal egy radikálisabb szakítás szükséges.

Először is, a „heccelő vétója" nem kívánja annak a nézetnek a felfüggesztését, hogy a szabad szólás az autonómia része. Az állami beavatkozás ebben a vonatkozásban azért lehet szükséges, hogy a beszélő autonómiája „valódi" vagy „hatásos" legyen. A szappanosládán álló szónoknak *valódi* esélyt kell adni a beszédre. Ezzel

[27] *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC,* 395 U.S. 367 (1969).

[28] Köztük olyanok, mint Archibald Cox és Herbert Wechsler (a *New York Times* jogásza a *New York Times v. Sullivan* ügyben). Lásd *Brief for Respondents Radio Television News Directors Ass's and Brief for Respondent Columbia Broadcasting System, Red Lion Broadcasting Co. v. FCC,* 395 U.S. 367 (1969).

[29] Harry Kalven, Jr.: *The Negro and the First Amendment.* Ohio State University Press, 1965. 140–45.

[30] 340 U.S. 315 (1951).

szemben az én javaslatom nem törődik a beszélő autonómiájával, annak valódiságával vagy hatásos voltával; számomra a közéleti vita minősége fontos. Felfogásom a hallgatóra, a közönségre összpontosít. A beavatkozás a közéleti vita gazdagításának szándékán alapszik, és jóllehet a „valódi" vagy „hatásos" autonómia fogalmát ki lehet annyira tágítani, hogy magába foglaljon egy sor olyan intézkedést, amelyek a közéleti viták gazdagítását célozzák, e stratégia manipulatív természete tüstént nyilvánvaló lesz, ha a beavatkozás átfogó és mindenre kiterjedő természetét tekintetbe vesszük. Úgyszintén nem könnyű felismerni, hogy igazából mit lehet elérni egy ilyen stratégiával. Az autonómia ebben a túlságosan kiterjesztett értelmű felfogásban megmarad központi értékként, ám vegyük észre, hogy míg a bevett szólásszabadság-hagyományban a kormányzati beavatkozásra való reakcióként működött, ebben a stratégiában az ilyen beavatkozás támogatójaként szolgál. Az autonómia így névlegesen megmenekül, ám másfajta célok szolgálatába áll.

Másodszor, bár a „heccelő vétója" doktrína támogatja a törvény erős kezét, ezt csak kivételes esetekben teszi, amikor erőszak fenyeget, amikor a rendőri akciót nem a beszélőre, hanem a tömegre kell összpontosítani. Az általános szabály szerint az államnak nem szabad beavatkoznia, ám amikor ez elkerülhetetlen, akkor akire ez irányul, az nem lehet a beszélő. Ellentétben ezzel, a strukturális megközelítés az állami beavatkozást egy jóval gyakoribb és rendszerszerűbb tevékenységnek tekinti. E beavatkozás legékesebb példája ismét csak a méltányosság-doktrína, egy változatos és kidolgozott, évtizedek alatt kialakult szabályozásgyűjtemény és intézményi intézkedéscsomag. Az ilyen beavatkozások más megnyilvánulásai az olyan szövetségi és állami törvényekben jelennek meg, amelyek a kampánytámogatásokat vagy a kampányköltést szabályozzák; vagy pedig olyan, egyes amerikai tagállamok által hozott törvényekben, amelyek hozzáférhetővé teszik a magántulajdonban lévő bevásárlóközpontokat politikai aktivisták számára. E törvények maguk után vonják az állami beavatkozás egy formáját, mely gyakoribb és jóval több mindenre kiterjed, mint a heccelő alkalmankénti letartóztatása.

Harmadszor, amikor a rendőr letartóztatja a bekiabáló kötözködőt, nem tűnik úgy, hogy bármilyen nagy jelentőségű érdek sérülne. A kormány korlátozza a kötözködő heccelő szabadságát, ám a kötözködőt nem övezi nagy rokonszenv. A kötözködő heccelő obstruál, akinek a megnyilvánulása sokkal kevésbé egy gondolat közreadásáról szól, mint inkább arról, hogy mást megakadályozzon abban, hogy megossza gondolatait a többiekkel. Meglehetősen kétdimenziós módon úgy szokták definiálni őket, mint akik megtagadják mások jogainak tiszteletben tartását. Igen, megkapják ők is az esélyt arra, hogy beszéljenek a szappanosládán, ha ez az, amire vágynak, de ki kell várniuk a sorukat. A fő kérdés, úgy tűnik, az időzítés. Azok a törvények azonban, melyek az elmúlt évtized során a Legfelső Bíróságot megosztották és amelyeket a strukturális megközelítés védeni kíván, a bekiabáló heccelők által képviseltnél jóval alapvetőbb érdekeket veszélyeztetnek.

Legvégül pedig a szóban forgó törvények magukban foglalják egyes, a magántulajdonhoz kapcsoltnak tekintett jogok csorbítását – azon jogét, hogy a tulajdonát képező földterületről az ember bárkit kitilthat, vagy azon jogét, mely szerint mindenki úgy költi el a saját pénzét, ahogy az neki tetszik. Egyes esetekben a tét még nagyobb is: maga a szabad szólás. A szóban forgó törvények egyének vagy intézmények abbéli jogát fenyegetik, hogy azok azt mondják, ami tetszik nekik, és pontosan mondanivalójuk tartalma miatt lesz ez osztályrészük. A méltányosság-doktrína egy csoportja megköveteli a tévétársaságoktól, hogy „közéleti kérdésekkel" foglalkozzanak, míg mások elvárják az ügyek „kiegyensúlyozott tárgyalását". Akármelyik esetet is nézzük, egy állami intézmény fog ítéletet hozni arról, hogy mi minősül „közéleti kérdésnek" vagy hogy a közügyek tárgyalása mikor „kiegyensúlyozott". Szükségszerű, hogy a figyelem arra irányuljon, hogy mi hangzott el és hogy mi nem hangzott el. Hasonlóképpen, a politikai célú pénzköltést szabályozó törvények, melyek megakadályozzák a gazdagokat abban, hogy uralják a közéleti vitákat, szintén magukban foglalnak bizonyos ítéleteket azzal kapcsolatban, hogy mely nézetek kapnak és melyek nem kapnak megfelelő mértékű nyilvánosságot. Ugyanez igaz még akkor is, ha az állam támogató jellegű stratégiákat folytat, például amikor jelöltek költségeihez járul hozzá, könyveket vásárol vagy tananyagot jelöl ki.

Az autonómia szempontjából e veszélyek különösképp jelentősek és egyesek számára döntő okként jelennek meg, amikor az efféle beavatkozásokat ellenzik. Még ha változtatunk is a nézőponton és a gazdag közéleti vitát becseréljük az autonómiára, mint az Első Alkotmánykiegészítés által védett értékre, még mindig van miért aggódni, és nagyobb mértékben, mint a bekiabáló heccelő elhallgattatása esetén. Meglehet, hogy az állami beavatkozás és a tartalomszabályozás kimondott célja a közéleti viták gazdagítása, ám könnyen megeshet, hogy ezzel pontosan ellentétes célt ér el. Lehet, hogy épp ezáltal szűkül a publikum számára az információ és a rendelkezésre álló választási lehetőség, és így tovább súlyosbodik a közvitáknak a társadalmi struktúra által okozott torzulása. Igazából jó okunk van azt gyanítani, hogy az a helyzet, amit Lindblom körkörösséggel kapcsolatos gondolata sugall: a társadalmi struktúra éppoly valószínűséggel befolyásolja az állam cselekvését (különösen a törvényhozás és a kormányzat területén), mint amennyire befolyásolja a közéleti viták minőségét.

IV.

A szabadságnak megvannak a maga költségei. Amelyeket az imént felsoroltam, kellőképpen megkülönböztetik az általam támogatott elképzelést a „heccelő vétója" ellen intézkedő hatalom logikájától, illetve az általános szólásszabadság-hagyománytól, melynek az része. Azonban megmarad a kérdés – talán a végső mindegyik közül –, miszerint van-e elég ok teljesen elvetni a strukturális megközelítést, és visszafordulni a szólásszabadság bevett tradíciójához, valamint az autonómia védelméhez. Lehet, hogy túl nagy a költség? Amikor az állami beavatkozás áldozatokat kíván az élet hétköznapi értékek által meghatározott területén, például a tulajdonjoghoz kapcsolódó területeken, a válasz nyilván az lesz, hogy „nem". A szabad szólás nem luxus. Olykor áldozatokat kell hozni, és jóllehet ezen áldozatoknak is megvannak a határai (ahogy a Legfelső Bíróság egykori tagja, Jackson bíró mondta, az Alkotmány nem „öngyilkossági szerződés"),[31] a szabad szólás oly közel van alkotmányos struktúránk legbelső magjához, hogy a mérleg nyelve a szólásszabadság felé fog billenni. Ebben a tekintetben a strukturalista magabiztosan kölcsönözheti a progresszívok arányos kiegyenlítő mechanizmusát, mellyel az autonómia érdekében védték a beszédet. A beszéd hagyományosan akkor is védendő, amikor az kellemetlenségekkel, káosz okozásával vagy profitveszteséggel jár, és nem látok okot arra, hogy ugyanezt a szabályt miért ne lehetne alkalmazni a közéleti viták gyarapítása érdekében – ahol az állam nem mint a beszéd ellensége, hanem mint a barátja lép fel.

E perspektíva egy sor esetben segített, melyek fogas kérdésnek bizonyultak a Legfelső Bíróságnál a hetvenes években. A törvény, mely biztosítja a hozzáférést a bevásárlóközponthoz, korlátozhatja a tulajdonosok jogát, és egyes esetekben bevételkiesést eredményezhet (azon vásárlók távolmaradása révén, akiket elriaszt a plázától a politika), ám ezeket az érdekeket fel lehet áldozni az Első Alkotmánykiegészítés alapjául szolgáló demokratikus célkitűzésekért cserébe. Alkal-

[31] *Terminiello v. Chicago,* 337 U.S. 1, 37 (1949) – Jackson bíró, különvélemény: „[H]a a Bíróság nem csillapítja némi gyakorlati bölcsességgel doktríner logikáját, akkor az alkotmányos Jogok Törvényét egy öngyilkossági szerződéssé fogja átalakítani."

mazva a kifejezést, mely az ötvenes-hatvanas években inspirálta a progresszívokat, és amely a szólásszabadság-hagyománynak oly nagy életerőt kölcsönzött, a szólásszabadság „előnyben részesített szabadság"[32] *(preferred freedom).* Az egyetlen különbség, hogy a strukturális megközelítés az autonómia védelmét felcseréli a közéleti viták védelmére, és a szabad szólás nem az állami cselekvés korlátjaként, hanem annak indokaként cselekszik. Ugyanez az arányos kiegyenlítő mechanizmus érvényesül a benne foglalt értékhierarchiával együtt, csak épp megfordul az állam és a szabadság viszonyának hagyományos szemlélete. Az „előnyben részesített szabadság" vagy az arányos kiegyenlítés fogalmai ugyanakkor nem sokat érnek, amikor az állam cselekvése nyomán feláldozott érdekek nem olyan „szokványosak", mint a kényelem vagy a költség, hanem olyanok, amelyeket az Első Alkotmánykiegészítés szintén védelemben részesít. Ekkor úgymond az egyenlet mindkét oldalán megjelenik az Első Alkotmánykiegészítés: lehet, hogy az állam azon van, hogy gazdagodjanak a közéleti viták, ám lehet, hogy azok pont emiatt lesznek szegényesebbek.

Ez a veszély, melyet a méltányosság-doktrína hordoz – itt most nem az intézményes autonómia korlátozásáról szóló szavakra gondolok –, teszi a doktrínát oly kérdésessé. A doktrína gyarapítani kívánja a közéleti vitákat, és e célból kötelezi a műsorszolgáltatókat arra, hogy közéleti ügyekről számoljanak be, és hogy a vitatott kérdések kapcsán bemutassák a vitatkozó nézeteket, ám mindeközben korlátozza is a közéleti kérdések megvitatását azzal, hogy megakadályozza a médiát abban, hogy azt mondja, amit (piaci szempontok érvényesülése, vezetőik politikai nézetei vagy pénzügyi támogatók miatt) különben mondott volna. A remény szerint gazdagodik a közéleti vita, ám ott a félelem is, hogy ez éppen fordítva is elsülhet; vagy azért, mert a csatornák lényegtelen kérdésekről kötelesek beszámolni, vagy pedig mert áttételes módon elbátortalanodnak a kockázatvállalástól, és így sérülnek a szakmai függetlenség normái. A gazdagok, illetve a vállalatok politikai célú pénzköltését korlátozó szövetségi és tagállami törvények szintén elsülhetnek fordítva. E törvények célja azt biztosítani, hogy mindenkinek a szava megjelenjen a közbeszédben, beleértve a kevéssé jómódúakét is, hogy ezáltal a közéleti vita gazdagodjon. Ám ugyanakkor elképzelhető, hogy e törvények túlszabályoznak, és a vitába beleavatkozva előnyben részesítenek bizonyos nézeteket, és így sértik az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus célkitűzéseit.

Nem hiszem, hogy az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása minden olyan ügyben reális veszély lenne, amikor az állam a közéleti beszéd gyarapításáért tesz valamit, mint ahogy az nyilvánvaló lehet abból, ahogy a bevásárlóközpontok szólásszabadság-ügyeit tárgyalom (például amikor az andalító plázazenét tiltakozó dalok váltják föl, az is érv az egyik oldalon). Mindenesetre, minthogy hiszek abban, hogy a szűkösség inkább a szabály, mint a kivétel a politikai közbeszédben, és hogy e helyzetekben egy megnyilatkozás mindig kiszorít egy másikat, így el kell ismernem, hogy mindig fennáll a jó szándékkal ellentétes következmény veszélye. E veszély elismerést nyert a strukturalista és a „heccelő vétója"-doktrínák megkülönböztetésének tárgyalásakor, és ismét felhívom a figyelmet, hogy – mint arra Lindblom körkörösség-problémája tanít bennünket –, az állam nem immunis a befolyásolás és a manipuláció csábításaival szemben. Azért fordulunk mégis hozzá, mert ez az egyetlen remény, az egyetlen eszköz, amellyel a társadalmi struktúra közéleti vitákra gyakorolt torzító hatásai orvosolhatók, és mégis a világ összes indoka azt sugallja, hogy az állam nem annyira a „közről" szól, mint amennyire az látszik, hanem ugyanazon erők felügyelete alatt teszi a dolgát, mint amelyek a társadalmi struktúrát is uralják. Igazából azért választottam a CBS-t (és nem mondjuk a bevásárlóközpontot) új paradigmaként, és érveltem úgy, hogy beszélőnek kell tartanunk (és nemcsak fórumnak), hogy így húzzam alá – és nem pedig, hogy elbagatellizáljam – az állami beavatkozás problematikus természetét. A CBS vádat fogalmaz meg a szólásszabadság bevett hagyományával szemben, és ugyanakkor fájdalmasan emlékezteti a strukturalistákat arra, hogy amikor az állam valamit hozzátesz a közügyek megvitatáshoz, ugyanakkor el is vesz belőlük valamit. A remény ellen szegezett remény az, hogy a végső elszámolásban jobban jövünk ki, mint ha az autonómia uralma alatt maradnánk.

Az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása által okozott veszélyek kiküszöbölésének terhe nagyrészt a bíráskodásra hárul. Az alkotmányos értékek legfőbb őrzői a bírák, és az intézményesített szolgálati rend, illetve a bírói fizetés szabályozása miatt, továbbá a szakmai normák révén, melyek elszigetelik őket a politikától, a bírák a többi kormányzati tisztségviselőnél valószínűsíthetően nagyobb függetlenséget élveznek azon erők hatalmával szemben, amelyek a társadalmi struktúrát (a piacot) uralják. Az Első Alkotmánykiegészítés védelmének terhe az övék, és a strukturális megközelítés értelmében ez egy gyötrelmekkel járó vállalkozás. A bírák hozzászoktak ahhoz, hogy egymással szemben álló értékeket mérjenek össze, azonban ebben az esetben a konfliktus különösen fejfájdító, hiszen mindkét oldalon hasonló fontosságú és jellegű értékek szerepelnek.

Nem érvelhetünk könnyedén amellett, hogy a bíróságok lehetővé teszik a politikai intézményeknek, hogy kísérletezzenek vagy kockáztassanak, mint ahogyan mi teszünk akkor, amikor a cél valamely produktív hatékonyság vagy adminisztratív megfelelés – az elszenvedendő veszélyek minőségileg hasonló súlyt képviselnek, mint az elnyerhető előnyök. Nem lelhetünk nyugalmat az alkalmazkodó doktrínákban sem, melyek általában azt kívánják a bíróságoktól, hogy tartsák tiszteletben a törvényhozó és kormányzati intézmények előjogait. Ezen intézményeket is éppen annyira a hatalmuk alá tudják hajtani a társadalmi struktúrát uraló erők,

[32] Lásd Robert McKay: The Preference for Freedom. 34 *New York University Law Review* 1182 (1959).

mint amennyire a közéleti vitákat. És ennek az összefüggésnek éppoly kevéssé látom értelmét, mint annak, hogy a diszkrimináció tárgykörében[33] egy olyan állásponthoz forduljak vissza, amely a közreműködő állami intézmény motivációit vagy jóhiszeműségét hangsúlyozza: a demokrácia szempontjából nem az számít, hogy az intézmény mit kíván tenni, hanem hogy mit tett valójában. Az állami beavatkozás indokoltságának megítéléséhez az eljáró bíróságnak közvetlenül és egyértelműen fel kell tennie a kérdést, hogy az állami beavatkozás gazdagította-e a közélet vitáit, vagy szegényesebbé tette őket.

Ez nem könnyű kérdés, különösen miközben tesszük, amit tennünk kell, anélkül, hogy rendelkezésünkre állna olyan útmutatás, mint amilyet Marcuse is megfogalmaz arra nézve, hogy milyen nézetek hangoztatása engedhető meg egy demokráciában. Biztosnak kell lennünk abban, hogy minden értékes mondanivaló elmondatott, csakhogy honnan tudjuk, hogy mi az értékes? E kérdés megválaszolása, továbbá azon normák megalkotása során, melyek révén megtudhatjuk, mikor erőteljes a közbeszéd, segítségünkre lehet az a régi megállapítás, mely szerint mindig könnyebb tetten érni az igazságtalanságot, mint elmagyarázni, hogy mi az igazság. A faji egyenjogúságért való küzdelem területén[34] e negatív stratégiát folytattuk, amikor a bőrszínen alapuló diszkrimináció megengedhetetlen hatásait („csoporthátrány okozása", „hatásbéli aránytalanság") igyekeztünk azonosítani, anélkül, hogy elköteleződtünk volna egy meghatározott végállapot mellett. Úgy gyanítom, hogy hasonlóképp kell eljárnunk az Első Alkotmánykiegészítés területén is. Igazából az az eljárás tűnik ezen irányvonal eredetének, ahogyan White bíró legfelső bírósági döntésekben használta a „kiszorítás" vagy az „uralom"[35] fogalmait azt megvilágítandó, miként torzítja el a közügyek megvitatását az autonómia égisze alatt a társadalmi vagy gazdasági hatalom. Természetesen ezek csak a kezdetek, talán annak is csupán apró lépései, és nem szabad, hogy illúzióink legyenek azzal kapcsolatban, hogy mennyi nehézséget rejt az előttünk álló út.

Ugyanakkor a realizmus nem egyenlő a pesszimizmussal, és ebben a vonatkozásban én optimista vagyok. Hiszek az értelemben és a törvény határozott és inkrementális módszereiben: a bíróságok nincsenek jobban akadályoztatva abban, hogy a közügyek megvitatásának gazdagítására vonatkozó ideát tartalommal töltsék meg, mint egyébként bármely más eszme (például az autonómia) esetében.

[33] Lásd Owen M. Fiss: Inappropriateness of the Intent Test in Equal Protection Cases, 74 *Federal Rules Decisions* 276 (1977) – a megyjegyzések az 1976. szeptember 11-én megrendezett Éves Igazságügyi Konferencián hangzottak el *(Annual Judicial Conference, Second Judicial Circuit of the United States, Sept. 11, 1976).*

[34] Lásd Owen M. Fiss: Groups and the Equal Protection Clause. 5 *Philosophy and Public Affairs* 107 (1976).

[35] *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti,* 435 U.S. 765, 809–12 (1978) – White bíró, különvélemény.

Kitartok abbéli hitem mellett is, hogy milyen fontos – igazából nem fontos, hanem sürgős – az az utazás, amelyre a strukturalisták hívtak bennünket. Hacsak nem hagyjuk abba Brennan bíró varázsigéjének mára kissé hervasztóvá vált ráolvasásszerű ismételgetését, és kezdjük azt latolgatni, hogy mit is értünk pontosan „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott" vitán, és hogy melyek lennének azok a tettek és stratégiák, melyek e cél felé vezetnek, sose fogjuk megteremteni egy valódi demokrácia feltételeit.

V.

Nem várom mindenkitől, hogy osztozzon az optimizmusomban. Megértem azt, aki elismeri, hogy a társadalmi szerkezet valamiképp rongálja a közéleti viták tárgyalását, ám végül mégis azt a következtetést vonja le, hogy a strukturalista megközelítés által megkívánt tennivalók túl nehezek vagy túl veszélyesek. Egy efféle állásfoglalás annak a tragikus helyzetnek az elismerése lenne, amelyben élünk – tudjuk, hogy mit kíván a szabadság, azonban túl nehéznek vagy túl veszélyesnek tartjuk, hogy azt tegyük, amit a szabadság kíván. Ám a hetvenes években a Legfelső Bíróság meghatározó többségének nem ez volt a véleménye a szólásszabadság-esetekben. Például a Legfelső Bíróság nem fogta fel tragédiaként, amikor érvénytelenítette Massachusetts államnak a kampánycélokra költhető vállalati hozzájárulások mértékét korlátozó törvényét; amikor is elismerte, hogy az „uralom", ahogy azt a testület tagja, White bíró kijelentette, összeütközésbe kerülhet egyes, az Első Alkotmánykiegészítésben foglalt értékekkel, azonban, érvelt White, túl veszélyes, avagy túl nehéz feladat lenne még akár annak a latolgatása is, hogy a kampányköltések szabályozása területén az állam végezze el a korrekció feladatát. Ellenkezőleg, Powell bíró a Legfelső Bíróság ítéletét mint az Első Alkotmánykiegészítés teljes és győzedelmes érvényesítését hirdette ki. És mindenekelőtt ez a momentum az, amit a legaggasztóbbnak tartok, és ami alapján azt gondolom, hogy nem a Legfelső Bíróság tagjaival van a probléma, hanem a szólásszabadság hagyományával.

Egyes legfelső bírósági bírók felismerték az autonómia és a gazdag közéleti viták ideájának szétválását, és késznek tűntek arra, hogy a közéleti vitákhoz fűződő értéket akár az autonómia rovására is tiszteljék és védelmezzék. Hébe-hóba hajlandónak mutatkoztak arra, hogy türelmesen és fegyelmezetten dolgozva megbizonyosodjanak arról, hogy a megkérdőjelezett intézkedés inkább gazdagította, mintsem szegényítette a közéleti vitákat. Legjobb pillanataikban még az intézményi felépítés kérdéseire és az Első Alkotmánykiegészítés kontraproduktivitása által okozott veszélyre is figyelmet fordítottak. Itt most a testületből különösen White és Brennan bírákra gondolok, bár néha még ők is meg-megbotlottak a szólásszabadság-hagyomány nehéz terhével a vállukon. A testület többségének módszere teljesen más volt, ami legjobban talán Powell bíró munkásságával ábrázolható. Számukra minden az autonómiáról szólt – mintha csak ismét az utcasarkon áll-

nánk, ahol az Első Alkotmánykiegészítés dolga semmi más, mint hogy megállítsa a rendőrt. E bírák módszere *volt* a szólásszabadság hagyománya.

Módszerük részben abból állt, hogy az autonómiára leselkedő veszélyként értelmeztek minden szabályozó jellegű állami aktust. Például Powell bíró attól félt, hogy a törvény, mely a bevásárlóközpontokat arra kötelezte, hogy megnyissák kapuikat politikai aktivitás számára, korlátozhatja a plázatulajdonosokat szólásszabadságuk gyakorlásában[36] – a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés* talán nem valósította meg a Herbert Spencer *Társadalmi statika* (Social Statics) című művében foglaltakat, de talán az Első Alkotmánykiegészítés igen. Powell bíró szerint a tulajdonosok autonómiája sérülni fog, mivel nem kizárható, hogy velük fogják azonosítani azokat a nézeteket, amelyeket az aktivisták hirdetnek a plázájukban. Tekintetbe véve a tényt, hogy az aktivisták a törvény hatalma révén nyertek bebocsátást a plázákba azon logika következtében, mely mindenki számára nyilvánosnak ítéli a bevásárlóközpontokat, a plázák tulajdonosai úgy tudták elkerülni, hogy a kívülállók azonosítsák őket a náluk tevékenykedő politikai aktivisták üzeneteivel, hogy kihelyeztek egy tájékoztatót, melyben a pláza tulajdonosa elhatárolódik az aktivisták nézeteitől, és Powell bíró az autonómia utáni lázas kutakodását az abszurditás szintjéig vitte. Érvelése szerint az, hogy valakinek ki kell tennie egy elhatárolódó nyilatkozatot, önmagában kimeríti az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt autonómia megsértését.[37] Valamilyen furcsa oknál fogva White bíró csatlakozott e véleményhez.

A többségi ítéletek másik módszere az volt, hogy az autonómiát úgy kezelték, mint csaknem abszolút értéket, és mint az Első Alkotmánykiegészítés egyetlen értékét. A közéleti viták gazdagítása e megközelítésben az autonómia afféle kellemes hozadéka csupán (itt idézik a megfelelő Brennan-formulát), de amit az Első Alkotmánykiegészítés elrendel, az az autonómia védelme – legyen az egyéni vagy intézményi –; és ha e védelem révén nem gyarapodik, vagy épp torzul a közéleti vita, hát akkor legyen úgy. Kétségtelen, hogy a méltányosság-doktrínát a testület tolerálta, de jobbára csak a precedensnek kijáró tiszteletből, vagy mintegy fejet hajtva a törvényhozói vagy kormányzati szándék előtt, és a doktrína meglehetősen bugyuta indokolással nyert elfogadást. A Legfelső Bíróság leszögezte, hogy az FCC akkor törli el a doktrínát, amikor akarja, és hogy a doktrína, illetve az általa megvalósított tartalomszabályozás semmilyen körülmények között nem terjeszthető ki a nyomtatott sajtóra. A választási jelölteket támogató anyagi hozzájárulások

* A polgárháborút követő időszak egyik fontos alkotmánykiegészítése 1868-ban lépett hatályba. több területet ölel fel, az egyik fontos terület ezek közül az állampolgári egyenlőség és annak szövetségi érvényesítése. *A ford.*

[36] *PruneYard Shopping Center v. Robins,* 447 U.S. 74, 96–101 (1980) – Powell bíró, részben párhuzamos, részben többségi vélemény.

[37] Uo. 99.

korlátozását ismét csak a precedensnek kijáró tisztelet indokolta, illetve az mint korrupcióellenes lépés nyerte el értelmét; a politikai kampányköltés korlátozásában azonban már az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt autonómia sérelmét látta, és így azt érvénytelennek ítélte a testület. Ezen ítéletek kölcsönöztek sajátos jelleget a hetvenes éveknek. A szólásszabadság bevett hagyományának teljes erejét megmutatva, a Legfelső Bíróság időről-időre kijelentette: „[T]eljes mértékben idegen az Első Alkotmánykiegészítéstől az a felfogás, mely szerint a társadalom egyes tagjainak megnyilatkozásait a kormány korlátozhatja attól a céltól vezetve, hogy mások hangja viszonylag nagyobb teret kapjon." [38]

Az autonómia olyan eszme, amely kimondottan a szabályozó állammal szemben fellépve nyeri el értelmét – ez a védelem a rendőr ellen. Amikor az állam támogatólag lép fel, mondjuk anyagi támogatást vagy juttatásokat szolgáltat, a szólásszabadság-hagyomány nem tud mit kezdeni ezzel a helyzettel. Ennek eredményeképp ugyanebben a korszakban a Legfelső Bíróság – legnagyobb megkönnyebbülésemre – elfogadóbb volt az efféle állami beavatkozás irányában, azonban e tolerancia ára a fogalmi koherencia hiánya volt. A Legfelső Bíróságnak nem voltak standard normái a jogi felülvizsgálat folyamata során. Ahelyett, hogy a testület bírái azt kérdezték volna, hogy a szóban forgó tett gazdagította-e a közéleti vitákat, inkább megpróbálták a szólásszabadság-hagyomány bevett fogalmai szerint átfogalmazni az ügyet. Egy esetben, ami arról szólt, hogy vissza lehet-e vonni egy iskolai könyvtárból olyan, állítólag botrányos könyveket, mint Eldridge Cleaver *Soul on Ice* című műve,* Brennan bíró azon találta magát, hogy kénytelen volt e cenzúraintézkedést – egy nyilvánvaló kísérletet a vita szűkítésére – az autonómia korlátozásaként és a szólás tartalmát érintő szabályozást tiltó előírás megsértéseként értékelni.[39] Ez arra késztette őt, hogy tarthatatlan megkülönböztetést vezessen be a könyv eltávolítása és a beszerzése között, és hogy az iskolaszék motivációival kapcsolatban kezdjen vizsgálódni; olyan vállalkozás volt ez, amelyhez – mint azt más ügyek tapasztalatai megmutatták – egyáltalán nem volt érzéke. És még így sem tudott többségi véleményt biztosítani álláspontjának.

Ezen esetben, és másokban, ahol az állam nem a rendőri szerepben cselekedett, Brennan bíró és szövetségesei Rehnquist bíró éles hangú különvéleményével szembesültek, melyben világosan megkülönböztette az állam mint szuverén cselekvő (rendőr) szerepét azoktól az esetektől, amikor az állam más szerepben (például mint oktató, munkáltató, finanszírozó) tesz valamit.[40] Ez utóbbi kategória kapcsán

* Az író és afroamerikai polgárjogi aktivista (1935–1998) börtönben írt, 1968-ban megjelent művében nyíltan ír korábbi bűnöző életmódjáról és amerikai társadalmi kérdésekről. *A ford.*

38 Lásd például *First Nat'l Bank of Boston v. Bellotti,* 435 U.S. 765 790–91 (1978) – idézi: *Buckley v. Valeo,* 424 U.S. 1, 48–49 (1976).

39 *Board of Educ. v. Pico,* 457 U.S. 853 (1982).

40 Uo. 908–10 – Rehnquist bíró, különvélemény.

Rehnquist bíró úgy érvelt, hogy olyan szabályozásra van szükség, amely gyakorlatilag teljesen meghagyja az állam mérlegelési jogkörét. Ebben a tekintetben Rehnquist mások nevében is beszélt, és egy későbbi esetben[41] biztosította a szavazattöbbséget a testületben, és meg is szövegezte annak indokolását (mely ítélethez Brennan csatlakozott – amit viszont később megbánt).[42] Mindamellett úgy tűnik nekem, hogy amit ezen esetekben az Első Alkotmánykiegészítés megkíván, az nem a közömbösség. Éppen ellenkezőleg, a Legfelső Bíróságnak elkötelezettnek kellene lennie aziránt, hogy mindent megtegyen annak érdekében, hogy segítse és bátorítsa az állam kísérleteit a közéleti viták gazdagítása területén, és hogy eltörölje az állami támogató programokat korlátozó szabályokat, amelyek szűkítik és visszaszorítják a közéleti vitákat. Ha arra van szükség, akár a Legfelső Bíróság maga is megkívánhatja az államtól, hogy a közéleti vitákat gazdagító programokat folytasson és kezdeményezzen.[43] A jogorvoslatok problémája és az alkotmányos kompetencia korlátai ezen utóbbi esetben arra késztetik a Legfelső Bíróság bíráit – még az olyan erős hivatástudattal rendelkező bírót is, mint Brennan –, hogy viszszavonuljanak az ennyire ambiciózus vállalkozásoktól, ám az efféle bénultságra avagy körültekintő óvatosságra akként kell tekintenünk, ami az valójában: kompromisszumként, és nem az Első Alkotmánykiegészítés avagy a benne legmélyebben gyökerező demokratikus törekvéseik követeléseként.

Amikor az állami támogatás volt a téma, a Legfelső Bíróság megengedte az államnak, hogy cselekedjen – a bíróság megosztott volt és a vélemények inkoherensek, de az Első Alkotmánykiegészítésre nem úgy tekintettek, mint ami elzárja az államot a cselekvéstől. Amikor azonban szabályozási ügyekkel szembesültek, mint például a politikai célú pénzköltés plafonjai és határai, a Legfelső Bíróság ezt az autonómiára leselkedő veszélyként értelmezte, amint az következik a szólásszabadság-hagyományból, és jóval határozottabban és sokkal megszorítóbb módon cselekedett: megállította az államot. Ebbéli döntésükben a Legfelső Bíróság bírái érvényesítették a szólásszabadság-hagyományt és régóta fennálló elkötelezettségünket a klasszikus liberalizmus elveihez, illetve annak a korlátozott állammal kapcsolatos elképzeléséhez. A bírák úgyszintén érvényesítették a kor szellemét, melyet egykor az aktivista állammal szembeni ellenségesség határozott meg – és határoz meg ma is, jobban, mint bármikor korábban. A méltányosság-doktrína eltörlése egyszerűen mintegy a „dereguláció" elemeként történt. Nekem úgy tűnik azonban, hogy jócskán akad bánnivalónk a Legfelső Bíróság ilyetén hozzáállásában és a szólásszabadság-hagyományban, mely annak alapjául szolgált.

41 *Regan v. Taxation With Representation of Washington,* 461 U.S. 540 (1983).

42 *Lásd FCC v. League of Women Voters, 468 U.S. 364,* 400–401 (1984).

43 *Lásd Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.,* 412 U.S. 94, 170–204 (1973) – Brennan bíró, különvélemény.

A szólásszabadság bevett hagyománya egy olyan világot tételez, amely már nem létezik, és amit most már nem tudunk visszahozni – egy olyan világot, amelyben az utca volt a legfőbb politikai fórum. E hagyomány nem veszi tekintetbe, hogy milyen sokféle módon közreműködik az állam a társadalmi valóság létrehozásában, és hogy a mai társadalmi rendszer, ha magára hagyva azt tehet, amit akar, eltorzítja a közéleti vitákat. E hagyomány túl könnyű választási lehetőségeket tár elénk. A szólásszabadság bevett hagyománya nem veszi figyelembe a tényt, hogy ha az Első Alkotmánykiegészítés végső céljáért akarunk tenni, olykor szükségesnek találhatjuk, hogy „a társadalom egyes tagjainak megnyilatkozásait a kormány korlátozhassa attól a céltól vezetve, hogy mások hangja viszonylag nagyobb teret kapjon", és figyelmen kívül hagyja azt is, hogy ha a Legfelső Bíróság nem engedi, és adott esetben kimondottan meg nem kívánja az államtól, hogy így tegyen, akkor az emberek sosem lesznek igazán szabadok.

2.

Miért az állam?

Prológus

Ezerkilencszáznyolcvanhétben volt a Harvard Law Review *alapításának centenáriuma, és a szerkesztők egy sor jogi oktatót felkértek, köztük engem is, hogy küldjünk tanulmányt a* Review *ünnepi számába. A* Szabad szólás és társadalmi struktúra *épp megjelent, és azt gondoltam, hogy a* Harvard Law Review *által felajánlott lehetőséget arra használom, hogy jobban kidolgozom a* Szabad szólás és társadalmi struktúra *fő tézisét. Az állammal szembeni feltételezések, melyek ellen érveltem tanulmányomban, a laissez-faire elméletekben gyökereznek, melyek épp akkoriban élték fénykorukat, amikor a* Review-*t alapították. Kritikám kontextusa szűk volt abban az értelemben, hogy csak az Első Alkotmánykiegészítéssel foglalkoztam, ám minthogy az alkotmányjog ezen területe oly régen a libertariánus érzület szülőhelye, úgy tűnt nekem, hogy bárminemű győzelem, melyet ezen a területen aratunk, fontos lesz.*

Miközben dolgoztam a tanulmányon, csatlakoztam egy kutatói körhöz, melyet Judith Lichtenberg vezetett és a Marylandi Egyetem Filozófiai és Közpolitikai Intézete támogatott. A csoport a médiára összpontosított – mely tény bizonyára szerepet játszik abban, hogy a munka záró tanulmányának hangsúlyos témája volt a méltányosság-doktrína és a sajtó állami szabályozásával kapcsolatos más kérdések. Alkotmányjogászok, filozófusok és politikai gondolkodók mellett újságírók és médiakutatók is dolgoztak a csoportban. Az ő jelenlétük révén jutottam arra a meggyőződésre, hogy érdemes az állami szabályozás alternatívájaként számbavenni a szakmai önszabályzás lehetőségeit is. A kutatói kör tanulmányait Judith Lichtenberg szerkesztette, és szerkesztett kötetként jelentek meg 1990-ben Democracy and the Mass Media *címen. Tanulmányom itt olvasható változata a* Harvard Law Review *1987. februári számában jelent meg.*

---

[1] Lásd Robert L. Rabin: Federal Regulation in Historical Perspective. 38 *Stanford Law Review* 1189, 1192 (1986).

Ismét ott vagyunk, ahonnan indultunk. Száz éve az állami hatalom kiterjedése volt a fő beszédtéma. Amerika egyre városiasodottabbá, iparosodottabbá vált, és az ipari kapitalizmus kicsapongásait megfékezendő, különféle politikai erők az államtól várták a megoldást.[1] Az Államközi Kereskedelmi Bizottság *(Interstate Commerce Commission)* 1887-ben jött létre egy, a vasútügyet szabályozó nagyobb program részeként, mely programnak elemei voltak az 1903-as Elkins- és az 1906-os Hepburn-törvény és számos más tagállami szintű rendelet. A Kongresszus törvénybe iktatta a Sherman-törvényt 1890-ben és az első békeidőben hozott, jövedelemadóról intézkedő törvényt 1894-ben. Rendeletekben szabályozták a szeszes italok forgalmazását és a szerencsejátékokat, továbbá szövetségi és állami szintű törvényi rendelkezések születtek a munka világának kapcsolatrendszereit szabályozandó, például a munkaórák maximumáról, a biztonságról, a gyerekmunkáról és a szakszervezeti tagságról.

Ezek az államhatalom használatával kapcsolatos előrelépések nem születtek meg könnyen. Minden adódó alkalommal kemény viták övezték e rendelkezéseket, és az állami szabályozás ellenfeleinek érvei megértő fülekre találtak a Legfelső Bíróságon. Az intézkedések közül sokat érvénytelenítettek, míg mások szűkebb érvénnyel léphettek életbe. A szabadságot a korlátozott kormányzás elképzelésére szűkítették. A huszadik század korai időszakában mindamellett egyfajta egyensúly kezdett kialakulni, és mire bevezették a New Dealt és kitört a második világháború, az ország életének fontos része lett az állami szerepvállalás szociális és gazdasági kérdésekben. A modern korszakban az aktivista állam győzelmét olyan drámai események jelezték, mint az 1960-as évek elején az emberjogi mozgalom – az úgynevezett második újjáépítés – és Lyndon Johnson „Nagy társadalom" *(Great Society)* programja. Az államhatalom a tényleges és valódi egyenlőség fő eszközévé vált.

A hatvanas évek végén, ahogy figyelmünk egyre jobban a vietnami háborúra összpontosult és ahogy egyre inkább érezhetővé vált az inflációspirál, megváltoztak a dolgok. Politikánk egyik szervező elvévé vált a „nagy kormányzás" elleni támadás. A republikánusok és a demokraták egyaránt hangoztatták ezen új célkitűzést, és az ezt követő húsz évben miriádnyi programot javasoltak és olykor intézményesítettek is, melyek célja az állami szerepvállalás csökkentése volt a belpolitika területén, különösen is szövetségi szinten. E programok olyan elnevezések alatt futottak, mint az „új föderalizmus", „bevételmegosztás", „dereguláció", „privatizáció", „a költségvetési egyensúly biztosítása" és „alternatív konfliktuskezelés". Lényegében a korszak minden jelentős politikai vezetője részt vett az aktivista állam elleni támadásban, ám senki se tette ezt olyan sikeresen, mint Ronald Reagan. Támogatta az abortusz büntetőjogi tiltását, ám ezt a témát félretéve sikerült az aktivista államot egy merőben védekező pozícióba kényszerítenie, és olyan elveket megkérdőjeleznie, melyek egy vagy két generáción keresztül megdönthetetlen alapállításnak számítottak. Ma ugyanolyan vitákban találhatjuk magunkat, mint amilyenek egy évszázada uralták a jogot és a politikát; csak a revízió

terhe az, ami megváltozott. A kérdés ma is, hogy meddig érjen el az államhatalom, de ma a vita társadalmi kontextusban zajlik, melyben az aktivista állam a *status quo* része.

E vitában, mint az amerikai politika minden nagy küzdelmében, kulcsszerepet játszott az alkotmány. Az aktivista állam kritikusai „a tisztességes eljárás elvét" *(Due Process Clause)* idézik, illetve ahogy az védi a szabadságot; azonban ebben csak félig-meddig sikeresek. Egyre gyakoribb lett „a csorbítatlan magánélethez fűződő jogra" *(right to privacy)* való hivatkozás e vitákban, és az érvet az abortuszhoz való jog védelmében használták, de csupán a lehető legszűkebb keretek között. A *Lochner v. New York* eset,[2] a Legfelső Bíróság 1905-ös döntése, melyben a testület érvénytelenített egy tagállami rendeletet, amely korlátozta a heti munkaórák számát, még mindig negatív példának számít, emlékeztetőül a ténylegesen tisztességes eljárás veszélyeire. Az alkotmányos jognak azonban van egy másik területe is, melyre nem hárulnak ezen történelmi terhek, és amely régóta a libertárius érzület forrása. Ez az Első Alkotmánykiegészítés.

A beszéd és más politikai cselekvés védelme tekintetében az Első Alkotmánykiegészítés kevésbé érvényesül, mint a „tartalmilag megfelelő eljárás" alkotmányos szabálya (záradéka); utóbbi minden állami intézkedés ellen bevethető. Ám azok, akik szándéka az állami szerepvállalás támadása volt, megtanulták, hogyan kell egyre több tevékenységre kiterjeszteni az Első Alkotmánykiegészítés védelmét; manapság például ezt az érvet hozzák fel, ha az állam korlátozni kívánja a kereskedelmi célú hirdetéseket. Mindemellett az Első Alkotmánykiegészítés ugyanakkor élvez bizonyos előnyt, amit a tartalmilag megfelelő eljárás záradéka sosem tudott elérni, nevezetesen a konszenzusét, mely révén a teljes politikai spektrumtól nyer támogatást. Amikor a huszadik század elején egyre erősebb indokok merültek fel a fokozott állami beavatkozás mellett, a szólás számára még akkor is különleges pozíciót vagy épp kivételt tartottak fenn a vitázó felek. A progresszívok éppoly hevesen méltatták Holmes különvéleményét az *Abrams v. United States* esetben,[3] illetve ennek hivatkozását az „eszmék szabad adásvételére",[4] mint ahogy tiltakoztak a *Lochner*-ügyben. Igazából a szabad szólás akkor kezdett győzedelmeskedni a Legfelső Bíróságon, amikor a testület nekikezdett a *Lochner* felülvizsgálatának és a New Deal alkotmányos legitimációjának.

A szólásszabadság e sajátos pozíciója alkotmányos rendszerünkben, minthogy ez az egyetlen olyan indítvány a kormányzás korlátozása iránt, amelyben mindenki egyetért, nem maradt észrevétlen a szabad piac gondolkodói számára. Az

[2] 198 U.S. 45 (1905)
[3] 250 U.S. 616, 624 (1919) – Holmes bíró, különvélemény.
[4] Id. mű 630.

aktivista állam elleni jelenkori alkotmányos támadás részeként, mely irányzat uralkodó a mai politikában, Ronald Coase és Aaron Director a szólásszabadság-hagyományra támaszkodva csaptak össze a New Deal liberálisaival, emlékeztetve őket a *laissez-faire* erényeire, és megalapozva álláspontjukat a gazdaság területén történő állami szerepvállalással szemben.[5]

Az én véleményem természetesen ennek épp az ellenkezője. Úgy tűnik nekem, hogy ha Coase és Director ünnepelhetik a szólásszabadság-hagyomány libertariánus elemét mint a gazdaság területén történő állami szerepvállalás elleni érvelés részét, akkor nekünk képesnek kellene lennünk az ellenkező irányból érvelnünk, kezdve a gazdaság területén történő állami szerepvállalás tényével, és e történelmi tapasztalatokra támaszkodva megmutatni, milyen szerepet játszhat az állam a szólásszabadság értékeinek gyarapításában. E megközelítés nem csupán tisztázná és gazdagítaná az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos felfogásunkat, hanem egy általánosabb és talán fontosabb belátással is járhat. Gátat szabhat az állammal szembeni általános támadásnak. Minthogy a szólás a *laissez-faire* eszközeként volt használatban azon meggondolástól vezetve, hogy a szólás az a terület, ahol a legerősebben tetten érhető és a legvonzóbb színben mutatkozik meg a korlátozott kormányzat iránti igény, a szólás állami szabályozását megengedő, sőt megkívánó következtetés révén maga az Első Alkotmánykiegészítés lenne az, ami az aktivista állam kritikáját kérdésessé teheti.

Jelen esszé témája az Első Alkotmánykiegészítés és az állam szerepe az szólásszabadság értékeinek gyarapításában, ám írásom egyben egy tágabb vitában is állást foglal, mely épp annyira élő ma, 1987-ben, mint amennyire az volt 1887-ben, és mely általában az állam szerepét tárgyalta. Coase és Director álláspontjával szemben az Első Alkotmánykiegészítésből levonható következtetések nem a *laissez-faire*-t támogatják, hanem ellenkezőleg, az aktivista állam szükségességére mutatnak rá.

[5] Lásd Ronald H. Coase: The Market for Goods and the Market for Ideas. 64 *American Economic Review: Papers and Proceedings* 384 (1974); Aaron Director: The Parity of the Economic Market Place. 7 *The Journal of Law and Economics* 1, 26 (1971).

I.

Az alkotmány nem egy végrendelet, amely a későbbi generációk között felosztja a jogok formáját öltő vagyont. Ellenkezőleg; az alkotmány kormányzási okirat, mely létrehozza a kormányzás intézményeit, továbbá megszabja azokat a normákat, mércéket és elveket, amelyek szerint ezen intézményeket működtetni kell. A Jogok Törvénye *(Bill of Rights)* feltételezi, hogy a kormányzás intézményei már létrejöttek, és tovább megy; a célja bizonyos társadalmi eszmények vagy értékek biztosítása. A jogi ítélkezés egy folyamat, mely révén ezek az elvont eszmények konkrét értelmet és kifejezést nyernek, és mint ilyenek, jogok formáját öltik magukra. Az „egyenlő védelem elve" *(Equal Protection Clause)*, a modern törvény tartóoszlopa esetében az alkotmánybírósági ítélkezés e felfogása szilárd alapokon nyugszik, jóllehet fel kellett ismernünk azt is, hogy az alkotmányos eszmények nyitottak eltérő értelmezések számára. A Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés céljával kapcsolatban úgy tűnik, egyetértés tapasztalható: azért alkották meg, hogy biztosítsa az újonnan felszabadult rabszolgák számára az egyenlőséget, és hogy alkotmányos státust kapjon a faji egyenlőség eszménye. Az ezen eszmény megvalósítását célzó konkrét elvek vagy szabályok körül azonban nem volt teljes az egyetértés.

Elsőre úgy tűnt, hogy alkalmas lenne e célra egy olyan elv, mely megtiltja a faji alapú megkülönböztetést és megköveteli a színvakságot e kérdésekben. A „Második újjáépítés" korszakában azonban, ahogy távolodtunk a Jim Crow-korszak* problémáitól, és szembetalálkoztunk a rasszizmus mélyebben gyökerező formáival, újra kellett gondolni a dolgot. Egy új elv szükségeltetett, amely közvetlenül és azonnali módon nyújt védelmet a kasztrendszer fennmaradó vagy súlyosbodó jelenségeivel szemben. Ezen új elgondolásnak a „csoporthátrány okozása elv"[6] nevet adtam, ám az elmúlt időszakban inkább a „kaszt- vagy alárendeltség-ellenes elv"

* Jim Crow a feketére maszkírozott, a feketéket gúnyoló fehér vásári komédiás figurája. A Jim Crow-törvények a rabszolgaság eltörlését követően a feketék társadalmi elkülönítését célozták, mely rendelkezéseket az 1960-as évekre, a polgári jogi mozgalom erőfeszítéseként törölték el az Egyesült Államokban. *A ford.*

[6] Lásd Owen M. Fiss: Groups and the Equal Protection Clause. 5 *Philosophy and Public Affairs* 107, 147 (1976).

néven ismert. A „csoporthátrány okozása” elv a faji egyenlőséget kívánja támogatni, csakúgy, mint a megkülönböztetést tiltó antidiszkriminációs elv, azonban előbbi a faji egyenlőséget inkább lényegi, semmint procedurális dolognak tekinti. A „csoporthátrány okozása” elv nem a színvakság szavatolását célozza, hanem a társadalmi alárendeltséget kívánja megszüntetni.

A modern korszakban az egyenlőséget kiharcoló jogi eljárásokra *(equal protection litigation)* tekinthetünk úgy, mint e két közvetítő elv közötti küzdelemre – láthatjuk úgy, mint két nézet abbéli konfliktusát, hogy miként értendő a faji egyenlőség, és ez az eszmény hogyan valósítható meg a leghatékonyabban. E két elv jó néhány esetben eltérő iránymutatást adott, legfőképp amikor a bíróságoktól azt kívánták, hogy értékeljék a munkaerőfelvétel kritériumait (olyanokat, mint például az állásra jelentkezéskor kitöltendő tesztek), melyek látszólag semlegesnek mutatkoznak, ugyanakkor mégis hátrányosan érintenek egy meghatározott hátrányos helyzetű csoportot. Az antidiszkrimináció elve szerint megengedhetők ilyen kritériumok, a csoporthátrány okozására figyelő elv azonban inkább helyteleníti őket. Sőt mi több, bizonyos helyzetekben e két elv konfliktusba is került egymással, például amikor feketék, társadalmi helyzetük javítása érdekében előnyt élveztek munkaerőfelvételkor. A csoporthátrány okozására figyelő elv megengedi, olykor meg is kívánhatja a hasonló elbánást a feketékkel szemben. Az antidiszkriminációs elv azonban, lévén elkötelezett a színvakság iránt, inkább arra hajlik, hogy az efféle eljárást törvénytelennek tartsa.

Ezek az egyenlő védelem jelentésével kapcsolatos küzdelmek kölcsönöztek sajátos karaktert alkotmányos korszakunknak, és egy vagy két évtizede elmerülve e vitákban talán nem meglepő, ha az Első Alkotmánykiegészítésen belül is egy hasonló intellektuális folyamatot látok. A legtöbben egyetértenek abban, hogy az Első Alkotmánykiegészítés alapvető célja a kollektív önrendelkezés védelme éppúgy, ahogy a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésé a faji egyenlőség védelme, ám ismét csak megosztottak vagyunk a kérdésben, hogy mi legyen az a közvetítő elv, amely ezen alapvető cél megvalósulását a legnagyobb mértékben biztosítja. Itt nem az antidiszkrimináció és a csoporthátrány elvei között folyik a vita az egyenlő védelem ügyében, hanem az autonómiára és a közéleti vitákra összpontosító elvek között. E két felfogás eltérő módon látja és gondolja támogatni az Első Alkotmánykiegészítés demokratikus céljait. Az autonómia-elv megkülönböztetése a közéleti vita elvétől ráadásul alapvető annak megindokolásához, hogy miért van szerepe az államnak a szabad szólás értékeinek támogatásában.

Azok, akik az Első Alkotmánykiegészítésre mint az állami cselekvést korlátozó elvre tekintenek, az autonómia védelme eszközének tartják azt. Az egyén számára megengedett, hogy azt mondjon, ami neki tetszik, mentesen bármiféle állami beavatkozástól. Mintha csak egy beavatkozásmentes zóna kerülne minden egyén köré, és az állam (és csak az állam) számára tilos, hogy átlépje e zónahatárt. Az autonómia még ebben a felfogásban sem önmagáért való elvként élvez védelmet, és nem is az egyén önmegvalósításának eszközeként. Ehelyett az autonómia úgy

tűnik fel, mint az Első Alkotmánykiegészítéshez kötődő tágabb politikai célok támogatója. E felfogás szerint az autonómia védelme létrehozza a közvélemény számára fontos közügyek feletti vitát, amely Brennan legfelső bírósági bíró formulája szerint „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott.”[7] Természetesen a gazdag közéleti vita önmagában nem szavatolja az önkormányzást, hiszen a választópolgároknak meg is kell hallgatniuk a beszélőket, és a hallottak tanulsága szerint kell cselekedniük, ám a szabad és nyílt vita mégis a demokratikus kormányzás alapvető feltétele marad, és az autonómiára mint e vitát megvalósító módszerre tekintenek.

Egyesek vitatják az autonómia ezen instrumentális felfogását, ám a politikai spektrum egymástól oly messze álló szereplői, mint Harry Kalven vagy Robert Bork egyaránt osztják ezt az elképzelést, mely mára uralkodónak tekinthető az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos gondolkodásban. E meggyőződés abban a tényben gyökerezik, hogy a szabad szólás szavatolása egy jogi eszköz, mégpedig az alkotmány részeként jelenik meg, amelynek legfőbb témája a kormányzati struktúra létrehozása. Az instrumentális elmélet magyarázatot ad arra is, hogy a beszédre, mely egy az önmegvalósítás számos eszköze közül, miért fordít kiemelt figyelmet az alkotmány,[8] továbbá arra, hogy az Első Alkotmánykiegészítés által védett autonómia miért vonatkozhat intézményekre is (mint például a CBS vagy a NAACP), nem csak egyénekre; és végül arra is, hogy a beszéd miért élvez védelmet még akkor is, ha az árt valakinek, és ily módon rombolja ezen személy esélyeit az önmegvalósításra.[9] Az autonómia és a demokrácia közötti kapocs magyarázatot ad arra is, hogy az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos bíráskodásban miért jut kitüntetett szerephez a tartalom alapján történő szabályozás* elutasítása. Ezen elgondolás hívei azt remélik, hogy egy olyan szabály léte, mely megfosztja az államot a beszéd pusztán annak tartalma alapján történő elhallgattatásának eszközétől, a közügyekről folytatható lehető legszélesebb vitát eredményezi.

Bizonyos társadalmi helyzetekben az instrumentális felfogás, mely az autonómia védelmének alapjául szolgál, megalapozott lehet. Egy jeffersoni demokráciában például, ahol a meghatározó társadalmi alapegység az egyén, a hatalom pedig egyenlően oszlik meg, az autonómia érdemben támogathatja a közéleti ügyek meg-

* Az Első Alkotmánykiegészítés kontextusában a tartalomszabályozás egyszerűen arra utal, hogy a megnyilatkozás tartalma, azaz értelme és jelentése alapján történik a szabályozás, amitől az USA alkotmányos hagyománya zömmel idegenkedik, és így részben különbözik a tartalomszabályozás Európában szokásos, a médiaszabályozásban szereplő értelmétől. *A ford.*

[7] *New York Times Co. v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 270 (1964).

[8] Lásd Robert H. Bork: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

[9] Lásd Frederick Schauer: *Free Speech: A Philosophical Enquiry.* Cambridge University Press, 1982. 11–12.

beszélését, és ezáltal a kollektív önrendelkezést. A modern társadalomban azonban, melyre jellemző a hatalom igen egyenlőtlen megoszlása és az emberek korlátozott lehetőségei mindannak megismerésére, aminek ismeretére szükségük volna ahhoz, hogy állampolgári minőségükben hatékonyan működhessenek, igen problematikus a jeffersoni időkből kiindulni. Az autonómia azáltal való védelme, hogy a sérthetetlenség zónáját hozzuk létre az egyén vagy bizonyos intézmények körül, valószínűleg olyan közéleti vitát eredményez, amelyet ugyanazok az erők uralnak és ezáltal korlátoznak, mint amelyek társadalmi struktúránkat is uralják, nem pedig „korlátlan, *erőteljes* és szélesre nyitott" vitát.

A közéleti vitát hangsúlyozó elv ezzel szemben felismeri az autonómia védelme alapjául szolgáló instrumentális kiindulópont problematikus jellegét, és azt kutatja, hogy milyen talapzatra kellene alapozni a szükséges változtatásokat, melyek orvosolják e problémákat. Az Első Alkotmánykiegészítés célja ugyanaz marad, mint ami volt az autonómia-megközelítés esetében: megvédeni az embereket mint kollektivitás abbéli képességét, hogy dönthessenek saját sorsuk felől. A gazdag közéleti vita itt is felbukkan, mint e szuverén előjog gyakorlásának alapvető feltétele. Azonban ebben az esetben a tett – mint a társadalmi kontextusban való cselekvés – mércéje az, hogy milyen hatással van a közéleti kérdések megvitatására, nem pedig az, hogy az sérti vagy más módon korlátozza-e egyes egyének vagy intézmények autonómiáját. Ekkor az aggodalom nem a reménybeli beszélőkkel, hanem a közéleti kérdések megtárgyalásnak minőségével kapcsolatos. Lehet védeni az autonómiát, ám csak akkor, ha az gazdagítja a közéleti kérdések megtárgyalását. Az autonómia azonban éppenséggel fel is áldozható, ha például egyesek megnyilatkozásai másokat elhallgattatnak, vagy szisztematikusan torzítják a közügyek napirendjét.

Az állami cselekvés helytelenítése nem ugyanaz, mint annak feltétel nélküli elutasítása. Azok, akik az Első Alkotmánykiegészítést mint az autonómia védelmét olvassák, nem feltétlenül azonosulnak Black legfelső bírósági bíró [aki szerint a „nem lehet törvényt hozni" *(shall make no law)* azt jelenti, hogy „nem lehet törvényt hozni"][10] abszolutisztikus értelmezésével.* Ők olykor megengedőek azzal szemben, ha az állam átlépi a határt és korlátozza valakinek az autonómiáját azért, hogy így érvényesülhessenek más társadalmi érdekek; például beszélők elhallgattathatók a köznyugalom megőrzése vagy a jó hírnév megőrzése érdekében. Amit azonban az autonómia-elv tesz, az az, hogy rendkívül erős vélelmet fogalmaz meg az államnak a szólással kapcsolatos ügyekben történő szerepvállalása ellen. Ezzel szemben a közéleti vita elv örve alatt nem beszélhetünk hasonló, állami szerepvállalást ellenző vélelemről. Az állam ugyanolyan szerepet játszik, mint bármely más intézmény, és engedélyezett, támogatott és olykor kötelező számára, hogy intézkedéseket foganatosítson vagy rendeleteket alkosson a közéleti viták gazdagítása érdekében, még ha e cselekvés következtésben egyesek beszéde, és ily módon az autonómia korlátozást nyer is.

* Az Első Alkotmánykiegészítést textualista (szó szerinti) módon értelmező Black bíró álláspontjáról részletesen l. a 6. fejezetet.

[10] Lásd például *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 717–18 (1971) – Black bíró, párhuzamos vélemény.

Természetesen cselekedhet az állam jogtalanul, ami által korlátozhatja vagy szegényítheti a közéleti vitákat. Mindig fürkész tekintettel kell őrködnünk efölött, ám közben nem szabad megfeledkeznünk arról sem, hogy a vitákra ugyanilyen veszély leselkedhet bármely más társadalmi intézmény részéről, legyen az magán vagy közintézmény, és semmi okunk azt *vélelmezni*, hogy az állam inkább használná e hatalmát a közéleti viták torzítására, mint bármely más intézmény tenné. Nincs különös ok, ami erre ösztönözné; a kormányzati tisztségviselők szeretik védeni pozíciójukat és a rendszert, melynek hatalmukat köszönhetik, ám ugyanez elmondható az úgynevezett magántulajdonban lévő vállalatok tulajdonosairól és vezetőiről is, akik szintén jócskán használhatják hatalmukat arra, hogy megvédjék magukat és az érdekükben eljáró kormányzati tisztségviselőket. Az állam kétségkívül rendelkezik néhány sajátos eszközzel, ilyen például a legitim erőszak fölötti monopólium, ám ha képesek vagyunk eltekinteni attól a gondolattól, hogy az állam egy monolit (a Leviatán), és képesek vagyunk felismerni, hogy az állam versengő és egymással átfedésben lévő intézmények hálózata, melyek ellenőrzik egymást, ezek összességét pedig a magántulajdon intézményei tartják szemmel, akkor az állam hatalma kevésbé tűnik különlegesnek és félelmet keltőnek. Rá kell jönnünk, hogy az állam legitim erőszak gyakorlása feletti hatalma nem az állam hatalmának igazi mércéje, és hogy egy olyan állami intézmény hatalma, mint az FCC, nem nagyobb, mint a CBS-é. A rettegés számos formát ölthet. Az FCC és a CBS hatalma különbözik egymástól, az egyik szabályoz, a másik szerkeszt, ám semmi okunk azt hinni, hogy az egyik hatalom szükségképpen nagyobb mértékben korlátozná a közügyek megbeszélését a másiknál. Az állam, bármely más intézményhez hasonlóan, éppúgy cselekedhet a beszéd barátjaként, mint annak ellenségeként; és anélkül, hogy újra a libertariánus vélelembe esnénk, meg kell tanulnunk felismerni, hogy mikor cselekszik az egyik szerepben, nem pedig a másikban.

II.

Manapság a közéleti kérdések megvitatása a tévécsatornákon, jó néhány nagy napilapban és hetilapban zajlik. A fenti intézmények versenye messze van a tökéletestől, és a piaci kudarcok elmélete* alapján bárki juthat arra a következtetésre, hogy szükség van állami beavatkozásra. Ezek rendkívül erős érvek, azonban elhomályosítanak egy mélyebb igazságot, nevezetesen, hogy a piac, még ha tökéletesen működik is, már önmagában korlátozó struktúra. Egy tökéletesen versengő piac létrehozhatja programok, formátumok és beszámolók sokaságát, azonban Renata Adler hasonlatát kölcsönözve, olyan sokféleség lesz ez, „mint egy falka, amelyben alapvetően mindenki ugyanabba az irányba tart".[11]

A piac kétféle módon korlátozza a közérdekű és a fontos témák médiabemutatását. Először is, előnyben részesít bizonyos kiválasztott csoportokat azáltal, hogy a főbb műsorokat, folyóiratokat és újságokat az ő szükségleteikre és kívánságaikra fordított különös figyelemmel készítik. Az egyik ilyen csoport azokból áll, akik elég tőkével rendelkeznek ahhoz, hogy saját tévécsatornát, újságot vagy folyóiratot szerezzenek vagy birtokoljanak; egy másik csoportban azok vannak, akik üzleti vállalkozások hirdetési költségeiről döntenek; és megint másik csoport azoké, akik a leginkább képesek és leginkább kaphatóak arra, hogy a hirdetésekre reagáljanak. Az utolsó csoport mérete kétségkívül igen nagy (beletartozik valószínűleg minden kilencéves, aki képes erőszakkal rábírni szüleit, hogy megvegyék nekik ezt vagy azt), ám nem azonos a szavazók sokaságával. Fogyasztónak lenni, még akár szuverén fogyasztónak is, nem ugyanaz, mint állampolgárnak lenni.

Másodszor, a piac előnyben részesít olyan szerkesztői és műsorigazgatási döntési faktorokat, amelyek szorosan összefüggenek a nyereségességgel vagy allokációs hatékonysággal* (hogy a társadalom szempontjából szemléljük a dolgot), de amelyeknek nincs sok köze a választópolgárok demokratikus igényeihez. Egy üzleti vállalkozás számára a költségek és a várható bevételek meglehetősen fontos faktorok abban a döntésben, mely meghatározza, melyik program mikor kerül adásba, vagy hogy mely témákkal foglalkozzon az újság; egy tökéletes médiapiac olyan termékeket hozna létre, melyek határköltsége megegyezik azok határbevételével. Az *I Love Lucy*** ismétlései nyereséget hoznak, és a források gazdaságos felhasználását valósítják meg. A Music Television hasonlóképpen. Azonban nincs sem szükségszerű, de még valószínűsíthető kapcsolat sem a nyereség elérése (vagy a források gazdaságos szétosztása) és a választópolgárok olyan információkkal történő ellátása között, melyek alapján a kormányzati munkával, a kormányzat szerkezetével vagy a társadalom természetével kapcsolatos szabad és intelligens döntést hozhatnak. Ezt az összefüggést jól megértettük, amikor a közoktatási rendszerünket és egyetemeinket kiszabadítottuk a piac markából; és ez az összefüggés éppúgy érvényes a médiára is.

Az eddig elmondottak egy percig sem kívánnak rossz fényt vetni a piacra. Csupán a korlátaira kívántam felhívni a figyelmet. A fő kérdés nem a piaci kudarc, hanem a piaci terítés. A piac bizonyos célok elérésének pompás eszköze lehet, míg más célokra ez nem igaz. Hatásosan állít elő olcsó és változatos fogyasztási cikkeket, valamint alapvető szolgáltatásokat (a szórakoztatást is beleértve), ám olyan vitákat nem nagyon, amelyek folyamatosan megújítják az emberek önrendelkezési képességét. Az állam kiegyenlítő hatalom szerepében jár el, melyre nagyon nagy szükség van, hogy a piacnak tulajdonítható közbeszédtorzulásokat ellensúlyozni tudja, és így őrizze meg a demokrácia alapvető feltételeit. Az állam célja nem a piac helyettesítése (mint ahogy a szocialista elmélet gondolja), nem is annak tökéletesítése (mint ahogy azt tenné a piaci kudarcok elméletében), hanem az, hogy kiegészítse a piacot. Az államnak a piac javítása érdekében kell tevékenykednie. Az államnak a közvélemény napirendjére kell tűznie azokat a kérdéseket, amelyeket szisztematikusan figyelmen kívül hagynak vagy semmibe vesznek, és meg kell teremtenie annak a lehetőségét, hogy olyan hangokkal és szempontokkal is találkozhassunk, amelyek másképp csak elnyomva, vagy tompítva jelenhettek volna meg.

Hogy ezek okán az államhoz fordulunk, nem feltételezi, hogy a kormányzati intézményeket vezérlő emberek morálisan vagy személyiségüket tekintve különböznének azoktól, akik az úgynevezett magánkézben lévő médiát ellenőrzik vagy irányítják. Az államnak nincs különleges státusa az erények birodalmában. Amit az ellensúlyozó hatalom elmélete nagyon is feltételez, az csupán annyi, hogy a po-

* Az elmélet szerint a piac gyakran nem működik tökéletesen (azaz pusztán a kereslet és a kínálat alapján), mivel piacon kívüli tényezők is befolyásolják a piac működését. A médiapiac vonatkozásában ez az egyik legfőbb érv a közmédia fenntartására azon az alapon, hogy a piac önmagában nem szolgáltatna bizonyos médiatartalmakat (például jó minőségű híreket), és így indokolt közpénzt áldozni arra. *A ford.*

[11] Renata Adler: *Reckless Disregard.* New York, Alfred A. Knopf, 1986. 17.

* A társadalom hatékonyan, azaz a kersletnek megfelelően osztja szét az erőforrásokat. *A ford.*

** A CBS nagy sikerű televíziós *sitcom*ja az 1950-es években. *A ford.*

zíciójukkal járó hatalom révén az állam alkalmazottai másféle kényszerekkel kénytelenek szembenézni, mint azok, akik a médiát irányítják. Ők közhivatalnokok. Tudjuk, hogy olykor a „közügy" szó üresen kong, mert pusztán magánérdekek egyszerű érvényesítését jelenti, és valóban; a közügyek elszámoltathatóságának rendszere nem tökéletes. Ám ettől még nem szabadna egészében megtagadni az elszámoltathatóság efféle rendszereiben rejlő erőt. Lehet, hogy e rendszerek tökéletlenek, de valamennyi hatásuk azért van. A szándékban is tetten érhető egy fontos különbség. Egy dolog egy közhivatalt viselő embert hatalommal felruházni, és aztán afelől aggódni, hogy vajon a köz érdekében használja-e a hatalmát, és más dolog a hatalmat egyszerűen azoknak a kezében hagyni, akik nyíltan és szemrebbenés nélkül szolgálnak magántőkén nyugvó és piaci kényszereknek kitett intézményeket.

Az elmúlt években egyre többet emlegetik az újságírók a professzionalizmust, és többen egy új újságírói ethosz térnyeréséről beszélnek, amely révén mérséklődik a piac újságírókra, szerkesztőkre és műsorigazgatókra gyakorolt hatása, és erősödik a szakma demokratikus elszántsága. Az ilyen változás természetesen üdvözlendő, ám ettől még az állami beavatkozás nem válik okafogyottá. Alkalmasint a média gazdasági szerepe helyett annak demokratikus misszióját hangsúlyozó szakmai normák térnyerése részben nyomon követhető különféle állami kezdeményezésekben, mint például a méltányosság-doktrínában, amely a műsorszolgáltatókat a köz számára fontos kérdések követésére kötelezi, és arra, hogy ezt méltányos módon tegyék. Sőt, az októl függetlenül is tény marad, hogy e normákat folyamatosan meg kell erősíteni állami beavatkozás vagy az intézményes hatalom más formái révén, ha azt várjuk tőlük, hogy képesek legyenek ellenállni a piac felől érkező nyomásnak. Ahogy azt a *Brown v. Board of Education*[12] esetből és a hatvanas évek emberi jogi mozgalmainak tapasztalataiból tudjuk, a példaadó „népszokások" támogathatók, sőt, akár létrehozásuk vagy legitimációjuk is lehetséges az államhatalom határozott gyakorlása által.

Az adóztatás erejére és szervezeti előnyeire támaszkodva az állam a korrekció feladatát támogatások és szubvenciók formájában is végrehajthatja. Az efféle állami szerepvállalást példázza többek között a közkönyvtáraknak, az államilag fenntartott iskoláknak, magán- és állami egyetemeknek, a közmédiának és az elnökjelölteknek nyújtott támogatás. E szubvenciók roppant mértékben hozzájárulnak a közbeszéd gyarapításához és az Első Alkotmánykiegészítés értékeinek támogatásához; jóllehet ezt sose tudhattuk volna meg, ha az Első Alkotmánykiegészítést pusztán mint az autonómiát védelmező elvet olvastuk volna. Az autonómia nem akadálya az efféle állami szerepvállalásnak, létrehoz azonban egyfajta alkotmányos közönyt, kitéve e tevékenységeket a piac által uralt politika hányattatásainak.

[12] 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

A közéleti vita elv támogatja az ilyen szerepvállalást, és mikor a tett elmulasztása is a cselekvés egy formájává válik, kimondottan megkívánja; jóllehet, az efféle támogatási kötelesség végrehajtásával kapcsolatos jogorvoslati problémák akutak és jól ismertek.[13]

Az állami beavatkozás más formáit – szabályozó vagy tiltó állami fellépés – tekintve az autonómia-elvnek erős jogi vonatkozásai vannak, és egyesek ezek közül szerencsétlenek. Az autonómia-elvben rejlő erős előítélet az állammal szemben például azt eredményezte, hogy érvénytelenítettek egyes rendeleteket, melyek a kampányköltés számára rendeltek el plafont. Ugyanezen ok miatt alkotmányos köd borította el a méltányosság-doktrínát, megakadályozva így a doktrína kiterjesztését az írott sajtóra, meggyengítve a doktrína végrehajtását, és végül megkérdőjelezve annak létjogosultságát. Az autonómia érdemtelenül nyújt alkotmányos támaszt a dereguláció hívei számára.

[13] Lásd például Seth F. Kreimer: Allocational Sanctions: The Problem of Negative Rights in a Positive State. 132 *University of Pennsylvania Law Review* 1293, 1297 (1984).

III.

Az elmúlt húsz vagy harminc év során a jobboldal dominált az amerikai politikában, és nekilátott az aktivista állam felszámolásának. A „jobboldal" alatt azokat értem, akik igazságosnak vagy épp természetesnek tartják a piac termelte vagyon és hatalom eloszlását, és akik az államot annak társadalomépítő hajlama és képessége okán fékezni kívánják. Vannak ugyanakkor mások, akik kritikusak a vagyon és a hatalom pillanatnyi eloszlásával szemben, ám akik tartanak az államtól, különösen attól, amelyiknek Washingtonban van a székhelye. Ők szintén elítélték az aktivista államot, ám ehelyett nem a piacra kívántak visszatérni, hanem a „baloldali decentralizáció" programjához.

Egy évszázaddal ezelőtt a populisták álltak elő hasonló programmal, legalábbis amíg el nem nyelte őket a politika főárama, és bele nem kerültek a Demokrata Párt szervezeti öntőformájába.[14] Az 1960-as években a baloldali decentralizáció programja fontos szerepet játszott az SNCC és az SDS életében.* Manapság ezt az elméletet támogatja egy különféle jogi egyetemekről származó kutatókból álló csoport: a kritikai jogtudomány mozgalma. Az aktivista állammal szemben általuk megfogalmazott kritikát a politikai hatalom egyetlen apró íze sem támogatja (hogy nagyvonalúan fogalmazzak), ám mindamellett fontosnak érzem, hogy reagáljak ellenvetéseikre, mivel számos olyan ember képzeletét megragadták, akiket csodálok, ezek közül mindenekelőtt a diákjaimét, és mivel álláspontjuk kiindulópontja az a nézet, amire az állami szerepvállalás igazolása is támaszkodik: nevezetesen az autonómia elvetése, a közéleti vita elvének elfogadása és annak felismerése, hogy a piac torzító hatást gyakorol a demokratikus politikára.

Azzal kezdtük az elején, ahogy arra emlékezhet az olvasó, hogy a közéleti vita önmagában nem lesz „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott", hanem ehelyett el fogják torzítani a társadalmat domináló erők. Érvelésem szerint az állam számára

* SNCC: Student Nonviolent Coordinating Committee, az amerikai polgárjogi mozgalom diákszárnya az 1960-as években. SDS: Baloldali diákszövetség az Egyesült Államokban az 1960–70-es években.

[14] Lásd Laurence Goodwyn: *Democratic Promise: The Populist Moment in America.* Oxford University Press, 1976.

lehetővé kell tenni, hogy beavatkozzon, olykor meg is kell ezt követelni, mindezt a piac hatásait korrigálandó. Ezt állítván feltételeztem, hogy az állam ellensúlyozó hatalomként cselekszik, ám itt a decentralizáció hívei azt mondják, hogy ez veszéllyel jár, mivel szerintük az állam nem így fog eljárni, hanem ugyanazon erők áldozatául fog esni, amelyek a közéleti viták tárgyalását uralják. Megvan annak a veszélye, hogy az állam nem ellensúlyként fog viselkedni, hanem megerősíti a piacot ebbéli torzító szerepében, minthogy az államot éppúgy formálják a társadalmi erők, mint amennyire az állam maga a változás hajtóereje. Az állam meglehet, csinálhat jó dolgokat, ám ennek esélye oly csekély, és az ellenkező lehetőségé pedig oly nagy, hogy a legjobb lenne – vonja le a következtetést a baloldali kritikus – megakadályozni az állami szerepvállalást, vagy legalábbis egy erős vélelmet megfogalmazni vele szemben – nem az autonómia biztonsága, hanem a közéleti viták gazdagságának biztosítása érdekében.

Az 1970-es évek végén Charles Lindblom írt egy fontos könyvet *Politika és piacok* (Politics and Markets) címmel, melyben erőteljes és kristálytiszta elemzését nyújtotta az úgynevezett „körkörösség" veszélyének.[15] Elvileg az államnak kellene kormányoznia az üzleti életet, ám jó okunk lehet azt feltételezni, hogy az ellenőrzés rendszere pont fordított módon működik. Lindblom kijózanító képet festett; a körkörösség veszélye kétségtelenül valós. Az alapján azonban, ahogyan én látom a tényeket, és méginkább a hatvanas évek aktivista államával kapcsolatos történelmi tapasztalatokat, azt kell hinnem, hogy a függetlenség állam által birtokolt elemei valódiak és lényegesek. E függetlenség nem teljes, de kétségkívül elegendő ahhoz, hogy a segítségével megfogalmazott hatalmi ellensúlyként cselekvő állam elképzelése realitás lehessen. Azt is hiszem, hogy a körkörösség veszélyével másképp is felvehetjük a harcot, mint ahogy az állammal szembeni előítéleteiket megfogalmazó decentralizáció-hívek vélik. Kezdve azzal, hogy feltűnhet, hogy egyes állami intézmények függetlenebbek a piac befolyásától, mint mások, és ennek megfelelően ezek több hatalomban részesülhetnek.

A múltban az Első Alkotmánykiegészítéshez kötődő joggyakorlat megengedte a bíróságoknak, hogy fontos szerepet játsszanak különféle politikai szervezetek értékelésében, így megakadályozandó a többség diktatúráját. Azt hiszem, hogy folytatnunk kell e hagyományt, ám most azért, hogy legyenek eszközeink a körkörösség kiküszöböléséhez. A bíróságok az állam részeként nyilván nem teljesen függetlenek a társadalmi struktúrát uraló erők befolyásától, ám feltehetőleg nagyobb függetlenséget képesek kivívni, mint a törvényhozás vagy a kormányzati hivatalok. Mint ahogy azt a korai New Deal időszakában láthattuk, a társadalmi erők olykor túl nagy függetlenséget biztosítanak a bíróságok számára. E függet-

[15] Charles E. Lindblom: *Politics and Markets: The World's Political–Economic Systems.* Basic Books, 1977. 201–21.

lenség abból fakad, hogy a bírák hosszú ideig, olykor élethossziglan töltik be hivatalukat, jól megalapozott szakmai normák vonatkoznak rájuk, melyek megkívánják tőlük, hogy reagáljanak azokra a panaszokra, melyeket szívesebben hagynának figyelmen kívül, és nyilvánosan meg kell indokolniuk elvi alapokra helyezett döntéseiket.

A körkörösség veszélye szintén csökkenthető az adott intézmények felépítésének megváltoztatásával. A cél nem az, hogy az állam intézményeit teljesen függetlenné tegyük a társadalmi struktúrát uraló erőktől (mely célkitűzést bizonyosan lehetetlen lenne megvalósítani), hanem csupán az, hogy valószínűbbé tegyük, hogy ezen intézmények képesek hatalmi ellensúlyként cselekedni. E cél megvalósítása érdekében ezen intézményekben olyan folyamatokat vagy mechanizmusokat kell létrehozni, amelyek növelik a gyengébb pozícióban lévő társadalmi csoportok hatalmát (például kormányzati hivatalokban a rászorulóknak támogatást ajánló irodák felállítása), és olyan folyamatokat, amelyek csökkentik azok hatalmát, akik egyébként uralják a társadalmi struktúrát (például a nyilvános meghallgatások intézményének bevezetése). Ily módon a Ralph Nader* és más fogyasztóvédők által kitűzött program hivatkozhat az Első Alkotmánykiegészítésre, mivel az „állam foglyul ejtése" elleni küzdelem során növelhetjük az állam piactól való függetlenségét, ily módon erősítve az állam képességét arra, hogy ellensúlyozza a társadalmi struktúra közéleti vitákra gyakorolt kényszerítő hatásait. Az ilyen reformintézkedéseknek természetesen nem kell a kormányhivatalokra korlátozódniuk, hanem kiterjeszthetők az állam összes intézményére, beleértve a bíróságokat is.

E javító intézkedések egyike sem képes a körkörösség veszélyének teljes kiküszöbölésére. Fel kell ismernünk ezen intézkedések tökéletlenségeit, és ez óvatosságra kell hogy intsen bennünket. Ám ennél többet tennünk, ahogy azt a baloldali decentralizáció hívei javasolják, és csatlakoznunk az aktivista állam elleni, manapság oly divatos támadáshoz, még nagyobb veszélynek tehet ki bennünket: ez pedig a piac uralta politika. A körkörösség tipikus módon az állami szabályozással szembeni tiltakozással kezdődik; például olyankor, amikor egy büntető szankciókkal megtámogatott tiltást léptetnek életbe egy egyénnel vagy a szólásszabadságot gyakorló intézménnyel szemben. Nehéz megérteni ugyanakkor, hogy miért nem övezi hasonló tiltakozás az állami támogatási programokat. Vannak, akik az efféle programokat többre tartják a szabályozási intézkedéseknél abból a meggondolásból fakadóan, hogy ezek nem sértik az autonómiát; ám minthogy számomra és a baloldali kritika számára inkább a gazdag közéleti vita az Első Alkotmánykiegészítés kulcsfontosságú értéke, mint az autonómia, nehéz lenne számunkra a fenti preferenciát alkotmányos szabállyá változtatni. A közéleti vita elv égisze alatt a méltányosság-doktrína és a köztelevízió ugyanazon az alkotmányos talapzaton áll: ha az egyik elbukik a körkörösség miatt, akkor a másiknak is buknia kell.

* Fogyasztóvédelmi aktivista, többször is indult az amerikai elnökválasztáson. *A ford.*

A körkörösségtől való félelemtől vezetve a baloldaliak közül sokan felszámolnák az állami szerepvállalás minden formáját. De nem veszett el számukra minden remény – ők más intézményekbe vetítik bele eszményeiket. Jóllehet hátat fordítanak az aktivista állam szabályozási eszközeinek, és még az állami támogatásokat is elítélik, lévén eltökéltek a demokráciának a piaci erők markából való kiszabadítása tárgyában, az önszerveződést és az olyan kifejezési eszközöket magasztalják, amelyek minden polgár számára rendelkezésre állnak; például a tüntetéseket és felvonulásokat. E tevékenységek természetesen fontos szerepet játszanak az Első Alkotmánykiegészítés bármely felfogásában, és mint ilyenek természetesen elengedhetetlenek egy igazi, hatékony demokráciában. A hatvanas évek emberi jogi menetelései, a vietnami háború elleni tüntetések, az egyetemi campusokon felállított kunyhók, melyekkel az apartheid ellen tiltakoztunk, és a Szolidaritás néven ismert történelmi jelentőségű mozgalom Lengyelországban mind dicső példái e ténynek. A kérdés mindamellett nem az, hogy az önszerveződés és a tüntetés fontos-e, hanem hogy elégségesek-e legalább ahhoz, hogy példájukra mutatva az aktivista állam ellen lehessen érvelni. Nyilván nem elégségesek. E cselekvések az Első Alkotmánykiegészítés bármely felfogása szerint fontosak, ám nem alkalmasak arra, hogy megfelelőképp helyettesítsék a méltányosság-doktrínát, a köztelevíziót, a kampányköltések korlátozását és az állami szabályozások vagy támogatások más formáit, melyek célja a közbeszéd minőségének javítása.

A baloldal demokráciaerősítő programjának összegzését talán azzal az egyszerű megfigyeléssel kell kezdeni, hogy az általuk javasolt politikai önkifejezési formák nem számolják fel teljesen a körkörösség problémáját. Az államra gyakran szükség van e tevékenységek legitimációja és védelme érdekében, és semmi okunk rá, hogy jobban gyanakodjuk az államra, amikor például támogatja vagy szabályozza a médiát, mint amikor a bevásárlóközpontok nyilvános tereihez való hozzáférést szabályozza, kötözködő heccelőket hallgattat el, vagy szakszervezeti tevékenységet legitimál és véd.[16] Sőt, mi több, kizárólag, vagy akár csak főként a felvonulásokra és tüntetésekre (melyeket egy nem radikális kollegám úgy nevez, hogy „olcsó beszéd") hagyatkozni azt jelentené, hogy a társadalom legkevesebb hatalommal bíró csoportjai a legkevésbé hatásos önkifejezési formát lennének kénytelenek használni. Hasonlítsunk csak össze egy napi pamfletosztogatási munkát egy helyi bevásárlóközpontban harminc másodpercnyi szerkesztőségi hirdetéssel, olyannal, mint ami a *Columbia Broadcasting System v. Democratic*

[16] Lásd Karl E. KLARE: Judicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937–41. 62 *Minnesota Law Review* 265 (1978).

National Committee esetnek is tárgya volt.[17] A hatásos beszéd a modern korban nem olcsó.

A dolgoknak nem kell ilyennek lenniük. El tudok képzelni olyan társadalmi helyzetet, amelyben a baloldal által javasolt kifejezési módok elégségesek. Működhetnek a klasszikus görög városállamokban, vagy Amerikában, ha az – mint azt Jefferson javasolta – apró szomszédsági köztársaságokra *(wards)* lenne darabolva.[18] A pusztán jogi decentralizációs vízióval szemben az így létrehozott szociális környezetben a felvonulások és a tüntetések hatásosan informálhatják és okíthatják a publikumot, és emellett fejleszthetik a részt vevő egyének tehetségét és formálhatják személyiségüket is. Az aktivista állam elleni támadást és az olcsó beszéd eszközeire támaszkodást nem csupán a félelem és a körkörösség veszélye motiválná, hanem méltányolhatóan vetné föl egy részvételi demokrácia elméletét. Egy efféle elmélet bizonyára magasztalná a baloldal Első Alkotmánykiegészítés-programját, azonban, fájdalom, egy elérhetetlen álmon alapul. Az amerikai társadalom olyan felosztását és újraszervezését kívánná ugyanis meg, ami nem valószínű, hogy valaha is megtörténhet. Ezen elképzelés egy olyan világot feltételez, amelyben minden fontos dolog helyi szinten történik, és ez aligha elképzelhető.

A decentralizálás baloldali hívei tartanak az aktivista államtól, és bár számos jó okuk lehet erre az aggodalomra, azáltal, hogy feltámasztják az állammal ellenséges vélelmeket, nem kínálnak elfogadható alternatívát a piac dominálta politikával szemben. Ők az önszerveződést és az olyan direkt akciókat hangsúlyozzák, mint a felvonulás vagy a tüntetés, szemben az állami szabályozással vagy állami támogatással, azonban a ma ismert vagy a valaha is valószínűsíthető társadalmi formákban az általuk ünnepelt kifejezési formák nem lennének elégségesek. Valami hiányozna. Igaz, a polgár nem lenne fogyasztó, de attól tartok, alig volna több e polgár, mint egy atléta (vagy Arendt metaforájával élve, mint egy fuvolajátékos).[19] A politika egy utcai mutatványos attrakciójává válna. Azok, akik épp részt vesznek a demonstrációban, ettől nemesedve éreznék magukat, élveznék a küzdelem és a harc különleges ízét, azonban a publikum legnagyobb része – a szavazók – csak ülve szemlélnék ezt, elidegenedve és érintetlenül hagyva a spektákulumtól, és inkább azzal foglalkoznának, hogyan térjenek vissza napi tennivalóikhoz.

[17] 412 U.S. 94 (1973).

[18] Lásd Thomas Jefferson: Letter to Samuel Kercheval (Sept. 5, 1816). In: Edward Dumbauld (ed.): *The Political Writings of Thomas Jefferson.* New York, Liberal Arts Press, 1955. 97–98.

[19] Lásd Hannah Arendt: What Is Freedom? In: Hannah Arendt: *Between Past and Future: Eight Exercises in Political Thought.* New York, Penguin Books, 1968. 143, 153. Lásd általában Hannah Arendt: *The Human Condition.* University of Chicago Press, 1958.; Hannah Arendt: *On Revolution.* London, Faber and Faber, 1963.

Egy másik világban, meglehet, másképp lennének a dolgok, ám ebben, amelyben élünk, szükség van az államra. Hogy kikerülhessük az állammal szembeni unalomig ismerős ellenvetéseket, kockáztatjuk a körkörösséget és egy sor más veszélyt, de ezt azért tesszük, hogy megmentsük demokráciánkat. Azért fordulunk az államhoz, mert minden intézményünk közül ez a leginkább alkalmas a köz ügyeinek intézésére, és mert rendelkezik a piac nyomásával szemben szükséges hatalommal, hogy így politikánk nagyobb és életerősebb lehessen.

3.

Csend az utcasarkon

Prológus

Brennan bíró pályájának utolsó két évtizede a Legfelső Bíróságon úgy telt el, hogy folyamatosan kisebbségben volt különvéleményével. Időről időre meg tudott valamit menteni a Warren-testület örökségéből, ám többnyire azon találta magát, hogy ismét csak panaszkodik, amiért a többség rövidít valamit a jogokon. Lásd: A Life Lived Twice, 100* Yale Law Journal *1117 (1991). A szabad szólást olykor olyan területként ábrázolják, mint amelyen egyetértés uralkodott, azonban ezen a területen is fennállt a fenti nézeteltérés. Jóllehet a testület ítéleteiben gyakran idézte Brennan bírót a* New York Times v. Sullivan *ítéletből, hamar világossá vált, hogy a testületi többségnek nem volt szája íze szerinti a szóban forgó ítélet alapértéke – az erőteljes közéleti vita.*

Brennan bíró 1990 júniusában vonult nyugalomba a testületből. Egyik legutolsó véleménye egy különvélemény volt a United States v. Kokinda *esetben, melyben a testület többsége helyben hagyta a szövetségi kormány döntését, melyben politikai aktivistákat tiltott ki egy utcai járdáról. Brennan bíró szenvedélyes és megindító különvéleményében panaszkodik a megelőző évek során a bíráskodásban lezajlott változásról, és a testület akkori kortárs álláspontját összevetette a korai 1960-as évekbeli állásponttal, amikor a Legfelső Bíróság kiterjesztette óvó szárnyát, hogy megvédje a korszak emberi jogi tüntetéseit. A bíró különvéleménye megragadta képzeletemet, és egy sor, ekkorra már elvállalt előadásomban felhasználtam, melyekben a Legfelső Bíróság szomorú fordulatát tanulmányoztam (az Albany Jogi Egyetemen, a Suffolki Egyetem Jogi Karán és a Princeton Egyetemen). Megfelelő kiindulási pontért az 1930-as évekhez nyúltam vissza, mely időszakot Harry Kalven úgy jellemzett, mint a korszakot, amikor „a beszéd kezdett győzni" (lásd* A Worthy Tradition, *167. oldal), és feldolgoztam a kor – a* Schneider v. State *ügyben hozott – egy nevezetes ítéletét. Az előadás a* Suffolk University Law Review *1992 tavaszi számában jelent meg, röviddel ezután pedig egy szerkesztett kötetben:* Public Values In Constitutional Law *(szerk. Stephen Gottlieb, 1993).*

---

* Az Earl Warren vezette (1953–1969) Legfelső Bíróság fontos döntéseket hozott polgárjogi, alkotmányos szabadságjogi és a bíráskodás szabályaival kapcsolatos kérdésekben. *A ford.*

Egy olyan jogrend, amely nem tesz mást, mint védi az utcasarki szónokot, nem biztosítja az életteli demokrácia létrejöttét. Manapság a közéleti viták természetét alapvetően nem az szabja meg, hogy mit mondanak, vagy hogy mennyire képesek megragadni a járókelők figyelmét az utcai szónokok, hanem sokkal inkább a média és különösen a televízió. Valójában az utcai tevékenységeket – legyenek azok beszédek, felvonulások vagy tüntetések – leginkább már a televíziós kamera számára rendezik, és azáltal érik el hatásukat, hogy megjelennek az esti híradóban.

Az elmúlt két évtized során a fennálló rend radikális kritikusainak egyre nehezebbé vált hozzáférniük a médiához. Az 1960-as évek végén a Legfelső Bíróság fenntartotta a Szövetségi Kommunikációs Bizottság (Federal Communications Commission, FCC) intézkedését – a méltányosság-doktrínát, mely arra volt hivatott, hogy a tévében és a rádióban többféle vélemény jusson nyilvánossághoz.[1]

Az 1970-es években azonban a Legfelső Bíróság változtatott gyakorlatán. Először úgy döntött, hogy alkotmányellenes lenne, ha az állam ily módon biztosítana hozzáférést az írott sajtóhoz,[2] és másodszor még az elektronikus média vonatkozásában is úgy határozott, hogy az FCC-t sem a törvény, pedig az alkotmány nem kötelezi arra, hogy biztosítsa a szerkesztői vélemények közvetlen kifejezésre juttatását.[3] Az olyan szabályok, mint a méltányosság-doktrína ettől fogva teljességgel opcionálissá váltak az elektronikus média számára. Az 1980-as években e folyamat hasonló irányba tartott, és 1987-ben a Reagan által kinevezett FCC úgy, ahogy van, eltörölte a méltányosság-doktrínát.[4] Nem sokkal ezt követően, a District of Columbia Fellebbviteli Bírósága fenntartotta és az FCC adminisztratív hatáskörébe tartozónak ítélte az FCC döntését a doktrínáról.[5]

Az FCC továbbra is törvényben előírt kötelezettséget teljesít, tartotta fenn a Legfelső Bíróság, amikor elnökválasztási kampányok alkalmával ellenőrzi, hogy az elnökjelöltek egyforma lehetőséget kapnak-e az illető csatornáknál, hogy eljuttassák üzeneteiket a választókhoz.[6] Ez az intézkedés azonban nem sokat ér a rendszer radikális kritikusainak, minthogy ők általában a politikai kultúra és a pártszervezetek fősodrán kívül tevékenykednek. Hasonlóképp, az FCC azon intézkedése, mely a nőket és a kisebbségeket előnyben részesítette a műsorszolgál-

[1] *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC,* 395 U.S. 367 (1969).

[2] *Miami Herald Publishing v. Tornillo,* 418 U.S. 241 (1974); lásd még: *Pacific Gas Elec. Co. v. Public Util. Comm'n,* 475 U.S. 1 (1986) – alkotmánysértőnek ítélte a szabályozást, mely megkívánta, hogy a közüzemi számla küldője szándékával ellentétesen egy közérdekű hírlevelet juttasson el a fogyasztókhoz.

[3] *Columbia Broadcasting Sys. v. Democratic Nat'l Comm.,* 412 U.S. 94 (1973).

[4] *Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH,* 2 F.C.C.R. 5272 (1987), 3 F.C.C.R. 2035 (1988).

[5] *Syracuse Peace Council v. FCC,* 867 F.2d 654 (D.C. Cir. 1989).

[6] *CBS v. FCC,* 453 U.S: 367 (1981).

tatási engedélyek odaítélésekor, és amelyet a Legfelső Bíróság szintén fenntartott ítéletében,[7] nem valószínű, hogy nagy javulást hozna ebben a vonatkozásban. Leszögezendő, hogy az engedélyhez jutó műsorszolgáltatók piaci körülmények között tevékenykednek; így nem teljesen világos, hogy a tulajdonosi körnek a nem vagy a bőrszín alapján történő sokszínűbbé tétele miként változtatna az elektronikus média természetén általában. Sőt, az FCC nem tűnik különösképp elkötelezettnek e saját tulajdonosdiverzifikáló programja iránt, és valószínű, hogy meglehetősen lanyha és következetlen módon fogja azt érvényesíteni. Igazából az FCC már formálisan és nyíltan ejtette volna ezt az intézkedését, ha a Kongresszus nem avatkozott volna közbe. Végül pedig megjegyzendő, hogy a Legfelső Bíróság azon ítélete, amely fenntartotta a tulajdonlásdiverzifikáló szabályt, a lehető legszűkebb, 5:4-es többségű ítélettel született, és hogy a többség egy része, köztük Brennan, Marshall és Blackmun bírók már nyugdíjba mentek. Később a District of Columbia Fellebbviteli Bírósága egy véleményben, melyet a Marshallt helyettesítő Clarence Thomas készített, visszavett valamennyit korábbi ítéletéből, és alkotmányellenesnek ítélte az FCC azon intézkedését, amely a frekvenciák megítélésekor előnyt biztosítana nők számára.[8]

A médiában megjelenő vélemények körét kiszélesíteni igyekvő jogrendszer összeomlása nem zárta el az utat teljesen a radikális kritikusok elől. Egyesek közülük, különösen a vallási szervezetek, elég gazdagok ahhoz, hogy adásidőt, vagy épp saját csatornát vagy újságot vásároljanak maguknak. Más ellenzéki vélemények hangjai megszólalhatnak a lapok véleményrovatában, írhatnak lapok levelezőrovatába, véleménymagazinokba, és beszélhetnek a köz számára hozzáférhető kábelcsatornákon (azoknak, akik szeretnek késő éjjel fönnmaradni). Az ellenzéki csoportok eseményeit és tevékenységét a nagy tévécsatornák és az országos lapok is figyelik. Kár lenne lekicsinyleni e megnyilvánulási lehetőségek összességét, azonban ezek a lehetőségek igazság szerint elég korlátozottak. A legtöbb radikális nem tud adásidőt venni magának, és a nagy tévétársaságok amúgy se nagyon adnának el nekik időt, a hátrányos helyzetben lévők szóvivőinek nincs tőkéjük ahhoz, hogy újságot vagy tévécsatornát vegyenek, a tiltakozó akciókról szóló beszámolók megjelenési esélyeit behatárolják a magánmédia számára irányadó gazdasági körülmények, és ugyane körülményeknek köszönhető a közmédia gyengélkedése is.

Ebben a kontextusban visszatérünk az utcasarokra, némi kétségbeeséssel. Annak közéleti vitákban betöltött szerepe eltörpül a média hasonló szerepe mellett, ám megmarad az egyik olyan nyilvános térnek, ahol radikális aktivisták megszólíthatják a közvéleményt: az utca sarka az ő utolsó, végső elkeseredésükben

[7] *Metro Broadcasting, Inc. v. FCC,* 497 U.S. 547 (1990).

[8] *Lamprecht v. FCC,* 958 F.2d 382 (D.C. Cir. 1992).

megmaradt fórumuk. Feltételezhetnénk, hogy a médiában és a médiaszabályozásban történő változások nyomán a Legfelső Bíróság, e változásokat kiegyenlítendő, fokozott védelemben részesíti az utcasarkon és minden olyan más nyilvános helyen megszólaló beszédet, ahol emberek összefuthatnak: buszvégállomásokon, repülőtereken, postahivatalokban és plázákban. Valójában ennek pont az ellenkezője történt. Ahelyett, hogy a Legfelső Bíróság ellensúlyozta volna a saját maga által hozott médiaszabályozási intézkedéseket azzal, hogy védelemben részesíti a megnyilvánulás alternatív fórumait, a testület által hozott intézkedések súlyosbították vagy a korábbiakkal megegyező irányba terjesztették ki a médiával kapcsolatos döntéseik hatásait. Ebbéli igyekezetük megmutatta, hogy korábbi döntéseiket a médiával kapcsolatban nem az amúgy méltányolandó, a szabad sajtó különleges szükségletei iránti érzékenységük vezette, hanem inkább az, hogy nem volt szájízük szerint az erőteljes közéleti vitára való hivatkozás, avagy akár épp ellenszenvvel tekintettek e vitákra.

I.

Az 1939-es híres *Schneider v. State*[9] ügy óta az utcasarok oltalom alatt áll, mégpedig az alatt, amit én úgy hívok, hogy az „arányos kiegyenlítés tesztje" *(weighted balancing test)*. E teszt megszabadít a definíciós hercehurcáktól, melyek azon elmélkednek, hogy vajon bizonyos megnyilvánulások – szórólapok osztogatása vagy egy tiltakozó menet – inkább „beszédnek" minősülnek-e, mint „cselekvésnek", azáltal, hogy átengedi az államnak a hatalmat érdekeinek a szabad szólás korlátozásával is járó érvényesítésére. Az Első Alkotmánykiegészítés nem áthatolhatatlan védőpajzsként oltalmazza a beszélőt, mely immunitást biztosít a beszédet korlátozó szabályokkal szemben; az sokkal inkább egy mechanizmus, mely az igazolás folyamatát strukturálja. Az utcai szónokot el lehet hallgattatni, de csak akkor, ha az állam bizonyítani tudja, hogy rá tud mutatni egy, a szabad szólás elhallgattatásán túli érdekre, és hogy ez a bizonyos érdek meghaladja azokat a károkat, amelyeket a szabad szólás szenved az elhallgattatás révén.

A *Schneider*-ügyben a Legfelső Bíróság véleményét Roberts bíró foglalta írásba. Egyenesen fogalmazott, üdítően mentesen a modern kori szólásszabadság-ítéletek szakzsargonjától; az alábbiak szerint azonosította az előtte álló feladatot:

> Minden esetben, (...) amikor a törvényhozás korlátoz bizonyos, [az Első Alkotmánykiegészítés hatálya alá eső] jogokat, a bíróságoknak körültekintő módon kell szemügyre venniük a kérdéses törvény következményét. Puszta törvényhozói preferenciák vagy a közillem szempontjait figyelembe vevő meggyőződések szolgálhatnak személyes cselekvéseket szabályozó érvként, ám lehetnek elégtelenek is, ha a demokratikus intézmények fenntartásához szükséges jogok gyakorlását kívánják korlátozni. És így, ahogy gyarapodnak a vitatott esetek, a bíróságokra hárul az a finom érzéket kívánó nehéz feladat, hogy mérlegeljék a körülményeket, és hogy értékeljék azon indokok súlyát, melyekre hivatkozva szabályozni kívánják a jogok szabad élvezetét.[10]

[9] 308 U.S. 147 (1939).
[10] Uo. 161.

A *Schneider*-ügy valójában négy különböző ügyből áll. Egy közülük számunkra itt most nem fontos, egy helyhatósági rendeletről szólt, mely engedélyhez kötötte a házaló ügynöki tevékenységet. A Jehova Tanúi megtámadták e rendeletet, és a Legfelső Bíróság a *Lovell v. Griffin* ügyre[11] hivatkozva megsemmisítette azt, mondván, hogy az a helyi önkormányzatot túl széles hatáskörrel ruházta fel. A többi három esetben közös, hogy a reklámcédulák és szórólapok utcai osztogatását megtiltó helyhatósági rendeletek képezik a vita tárgyát. Ez a három eset rendkívül fontos annak magyarázatakor, amit korábban az arányos kiegyenlítés tesztjének neveztem.

Los Angelesben történt az első eset. Egy embert elítéltek azért, mert röplapot osztogatott az utcán a Lincoln Brigád Barátai nevű társaság egy rendezvényére, melyen a spanyol polgárháború legfrissebb eseményeit szándékozták megvitatni. A második eset Milwaukee-ban esett meg, egy húspiac munkaügyi vitájához kapcsolódott. Letartóztattak egy embert azok közül, akik a piac bejáratánál olyan röplapokat osztogattak, ami leírta a piaccal kapcsolatos munkaügyi panaszuk lényegét, és így igyekeztek a vásárlókat eltéríteni attól, hogy a piacon vásároljanak. A harmadik eset Worchesterben történt, Massachusetts államban, ahol az önkormányzat rendeletben tiltotta meg röplapok osztogatását. A szóban forgó cédulák egy gyűlésre invitáltak, ahol tiltakozni kívántak az állami munkanélküli ellátás megszervezésének módja ellen. Ebben és a milwaukee-i esetben bizonyítékok garmadája támasztotta alá a nyilvánvalót – sok járókelő eldobta a kezébe nyomott cédulát, így az utca tele lett szeméttel.

A Legfelső Bíróság – McReynolds bíró lakonikus különvéleményével – egyhangúan törvényen kívül helyezte a röplaposztást tiltó rendeleteket. Roberts bíró egész indokolása elfért az alábbi bekezdésbe:

> Az alsóbb fokú bíróságok megerősítették a törvényhozás által hozott [a röplapozást tiltó] rendeleteket abból a meggondolásból, hogy így kiküszöbölhető az utcai szemetelés, és jóllehet az elkövetőket magukat nem vádolták szemeteléssel, elítélésük alapja az a meggyőződés volt, hogy abbéli tettük bátorította vagy eredményezte a szemetelést, hogy szétosztották a röplapokat. Meggyőződésünk, hogy az utcai tisztaság és a kulturált környezet elérésére irányuló szándék elégtelen igazolása egy olyan rendeletnek, amely megtiltja azt, hogy egy személynek az utcán jogában állhasson átadni valamely olvasnivalót egy járókelőnek, aki azt hajlandó elvenni tőle. Az utca tisztán tartásának és rendben tartásának a röplaposztogatás következtében előállt, a városvezetésre háruló bármely terhe a szólás és a sajtó szabadságának alkotmányos védelméből származik. Ezen alkotmányos védelem nem fosztja meg a városvezetést minden olyan eszközétől, mely révén kiküszöbölhető a szemetelés. Vannak nyilvánvaló eszközei a szemetelés megelőzésének. Ezek között szerepel azoknak a megbüntetése, akik valójában eldobják a papírt az utcán.[12]

[11] 303 U.S. 444 (1938).
[12] *Schneider*, 308 U.S. at 162.

Ebben a bekezdésben láthatjuk, miként végzi munkáját az arányos kiegyenlítés folyamata. Roberts elismerte az állam szemetelés elkerüléséhez fűzött érdekeinek legitimitását. A szemét esztétikailag kellemetlen, veszélyes lehet az egészségre, és eltakarításának költsége többletterhet ró a kormányzatra. Mindamellett ezen érdekek eltörpülnek a szabad szólás érdekeihez képest, mely szabad szólást Roberts úgy jellemzett az ítélet egy korábbi részében, hogy az „a szabad emberek által végzett szabad kormányzás fundamentuma".[13] Roberts számára a mérleg nyelve a szabad szólás felé billen; ebből következően az állam érdekeinek különösen értékeseknek és fontosaknak kell lenniük ahhoz, hogy egy, a szabad szólást korlátozó rendelet alkotmányosnak minősüljön.

Még az ítélet után is, mely kimondta, hogy a szemetelés kiküszöbölése elégtelen ok a szólás korlátozásának indokolásához, Roberts rámutatott, talán a tisztelet gesztusaként az állam felé, hogy annak más eszközei is vannak igényei kielégítésére. Például vádat emelhet a szemetelő ellen, aki ténylegesen eldobta a járdán a röplapot. Nyilvánvaló, hogy ez a megoldás kevésbé hatásos és kevésbé hatékony annál, mintha a röplapozót fognák el, ám ezen áldozatokat az alapszabadság védelméért hozzák. Mint azt Harry Kalven mondta évekkel később, Roberts a szabad szólást nem luxusalapjognak tekintette.[14]

[13] Uo. 161.
[14] Harry Kalven, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 156, 197.

II.

A *Schneider*-ügy igazán az 1960-as években virágzott teljes pompájában, amikor a Warren-testület alkalmazta az arányos kiegyenlítés tesztjét, hogy így védje az emberi jogi mozgalom mindig szenvedélyes és olykor romboló hatású beszédmegnyilvánulásait.[15] Megindítva attól a hősies eltökéltségtől, mellyel a Legfelső Bíróság az ország utcáit és járdáit biztosítani kívánta a politikai aktivisták számára, Harry Kalven a „közéleti fórum" *(public forum)* fogalommal gazdagította az Első Alkotmánykiegészítés szótárát, és elmagyarázta, hogy egy életteli demokrácia számára mennyire fontos a hozzáférés e fórumokhoz.[16] Az 1970-es, '80-as évek során e tendencia megfordult és a Legfelső Bíróság védelme az utcasarok – születési neve: „közéleti fórum" – felett egyre kevésbé volt alapos. A *Schneider*-ügy a könyvekben maradt; gyakran idézte és tárgyalta a Legfelső Bíróság, de elszivárgott belőle minden életerő.

A Legfelső Bíróság 1984-es döntése a *Los Angeles v. Taxpayers for Vincent* ügyben[17] ékes példája ennek az átalakulásnak és a módszernek, mely révén Roberts arányos kiegyenlítés folyamatát átalakították és eltorzították. Az eset a Los Angeles-i városi tanácsi választások kampányához kapcsolódik, amikor is az egyik jelölt – Roland Vincent – úgy gondolta elérni a választópolgárokat, hogy a villanyoszlopokra ragasztotta hirdetését. A hirdetés egyszerű üzenetet tartalmazott: „Roland Vincent – Városi Tanács". A város köztisztasági alkalmazottai, követve a város rendeletét, mely tiltotta bárminemű üzenet elhelyezését a villanyoszlopokon (vagy hasonló szerkezeteken), leszedték a választási hirdetéseket. Válaszképp Roland Vincent követői megtámadták a város rendeletének alkalmazását. A Legfelső Bíróság Stevens bíró indoklását követve, azon az alapon, hogy az intézkedés különféle esztétikai érdekeket szolgál, beleértve a „vizuális zűrzavar" elkerülésének vágyát, megosztott szavazattal ugyan, de fenntartotta a rendeletet. Brennan, Marshall és Blackmun bírák különvéleményt fogalmaztak meg.

[15] Lásd például *Cox v. Louisiana,* 379 U.S. 536, 553–58 (1965) – felülbírál egy beszélő ellen hozott ítéletet, aki akadályozta a járdán a közlekedést; *Edwards v. South Carolina,* 372 U.S. 229, 235–37. (1963) – megerősíti, hogy a tüntetéseket tiltó közrendrendelet sérti a polgárjogi tüntetők Első Alkotmánykiegészítés által védett jogait; lásd szintén *NAACP v. Button,* 371 U.S. 415 428–29. (1963) – fenntartja, hogy Virginia tiltó rendelete a jogi vállalkozások hirdetései ellen ellentétben áll a NAACP-nek az Első Alkotmánykiegészítés által szavatolt jogaival.

[16] Lásd Harry Kalven, Jr.: The Concept of Public Forum: Cox v. Louisiana. 1965 *The Supreme Court Review* 1; Harry Kalven, Jr.: *The Negro and the First Amendment.* Ohio State University Press, 1965., újraközölve 1966-ban egy Public Forum-cikkel kiegészítve; lásd még Robert C. Post: Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum. In: Robert C. Post: *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management.* Cambridge, Harvard University Press, 1995. 199.

[17] 466 U.S. 789 (1984).

A *Vincent* eredménye szöges ellentétben áll a *Schneider* következtetésével, és ez az elemzési módszereikre is igaz, bár nem ennyire feltűnően. A *Schneider* arányos kiegyenlítés tesztje helyett Stevens bíró egy sor precedensre[18] építve többszintű kategorizáló megközelítést alkalmazott. A *Schneider* arányos kiegyenlítés tesztje a folyamat vezérmetaforájául a mérleget választotta, melynek nyelve többnyire az Első Alkotmánykiegészítés felé billen: a szólás mellett dönt, ily módon megkívánva az államtól, hogy az azonosítson a mérleg másik oldalán egy különösen nagy súllyal latba eső vagy sürgető érdeket a célból, hogy a szabályozás fennmaradjon. A *Vincent*ben alkalmazott kategorizáló megközelítés során a bíró szintén két faktort állít szembe: a szólást ért kárt és az állam érdekeit. A korábbiakkal szemben viszont nem összeméri, egyensúlyozza a két faktort, hanem elemzi őket mint két, egymásra tett skatulyákból vagy dobozokból álló oszlopot. Egy oszlopnyi skatulya a károknak, egy pedig az állam érdekeinek.

Az első oszlop szabályozásokat osztályoz attól függően, hogy miként ütköznek a szólással. Azt a törvényt, amely a beszélőket a beszédük tartalma alapján különbözteti meg, mint „tartalmon alapuló szabályozást" osztályozza, míg a törvény, mely a beszéd idejét, helyét vagy jellegét szabja meg, a „hozzáférés-szabályozás" skatulyába kerül. A második oszlopban három doboz van, osztályozva a törvény által támogatott állami érdekeket. Az első doboz a „kényszerítő", a második a „lényeges" és a harmadik a „közönséges". Minden egyes skatulya az állami érdek eltérő fontossági szintjét jelöli.

A kategorizáló folyamat egy sor szabályt is tartalmaz, olykor ezeket mint „a vizsgálat szintjeit" említik, melyek a két oszlop közötti kapcsolatokat és megfeleltetéseket hozzák létre, azaz a meghatározott kárhoz tartozni fog egy meghatározott fontosságú állami érdek. Ahhoz, hogy elfogadható legyen a tartalom alapú szabályozás, az állami érdekek oszlopban kell találni egy érdeket, amely a „kényszerítő" skatulyába esik; más szóval az a legszigorúbb és a legaprólékosabb vizsgálat alá esik. Egy hozzáférés-szabályozás közepes, vagy annál enyhébb szigort

[18] Lásd *Heffron v. International Soc'y for Krishna Consciousness,* 452 U.S. 640, 649–51 (1981) – az eljárás kategoriális elemzése annak elbírálására, hogy állami vásárokon leszólíthatók-e a megjelentek; *United States v. O'Brien* 391 U.S. 367, 376–80 (1968) – az eljárás kategoriális elemzése a katonai behívó megsemmisítése szabályozásának elbírálására.

megvalósító vizsgálódást igényel, mivel az állam érdekei ekkor csupán a „lényeges" vagy „jelentős" kategóriába esnek.

Önmagában véve e metaforaváltás, mely során az arányos kiegyenlítés átadja a helyét egy kategorizáló megközelítésnek, nem lenne kirívóan fontos dolog. Fel lehet fogni egyszerűen az alkotmányjog egyre fokozódó bürokratizálódásának következményeként, módszerként, mely doktrínák egész tömegét alkalmazza, mely nem jelent különösebb veszélyt az Első Alkotmánykiegészítés értékei számára.[19] Csakúgy, mint az arányos kiegyenlítés tesztje, a kategorizációs megközelítés is megteheti, hogy mindig elismeri a szabad szólás kitüntetett szerepét azzal, hogy mindig a „kényszerítő" kategóriát azonosítja a vele szemben álló állami érdek számára. Így nem sok különbség lenne a két módszer között. Roberts bíró nem használta a „kényszerítő" kifejezést, de épp használhatta volna, mivel érvelése szerint a beszédet korlátozni kívánó állami érdeknek igencsak sürgetőnek kell lennie ahhoz, hogy érvényesülhessen. Egy alapvető különbség feltűnik azonban, mivel a kategorizációs módszerre való áttérés együtt járt az állami kötelezettségvállalások csökkentésével. Nem a „kényszerítő" lesz a mérce az olyan hozzáférés-szabályozások esetében, mint a Los Angeles-i rendelet. Az efféle intézkedéseket inkább a „lényeges" mérce alá eső érdekekkel fogják összekapcsolni – ami nyilvánvalóan több, mint a „közönséges", de kevesebb is, mint a „kényszerítő".

A helyi bíróság a *Vincent*-ügyben Los Angeles városnak a vizuális zűrzavar elkerüléséhez fűződő érdekeit „legitimnek és kényszerítőnek"[20] tekintette, amikor fenntartotta a városi rendeletet. A következtetés ránézésre abszurdnak tűnhet – ha a vizuális zűrzavar elkerülésének igénye kényszerítő erejű érdek, akkor a „kényszerítő" szó elvesztette minden értelmét. A Legfelső Bíróságon azonban Stevens bíró a város érdekeit csupán „jelentősnek" vagy „lényegesnek" értékelte ítéletében.[21] Stevens érvelése szerint a korábbi ítéletek arra tanítanak, hogy „az állam szükséges esetben korlátozhatja a szabad szólást, hogy így segítse elő egy jelentős és legitim állami érdek érvényesülését".[22] Az ilyen szabályozásokhoz kötődő helyi közösségi érdeket Stevens „súlyosnak"[23] nevezte, és úgy zárta következtetését, hogy „a rendelet által érintett probléma – a Los Angeles polgárai ellen intézett vizuális támadás a város vagyonát képező oszlopokon felgyülemlett hirdetések által – jelentős és lényeges kellemetlenségnek tekinthető, aminek tiltása a városnak jogában áll."[24]

Stevens elmozdulása a köztes értékelés mércéje felé azon a nézeten alapult, hogy Los Angeles rendelete tartalomsemleges volt. A szabályozás maga nem Ronald Vincentre és nem általában véve a politikai jelöltek tevékenységére vonatkozott, hanem mindenkire, akinek szándékában állt hirdetéseket kitenni a villanyoszlopokra. Ezen állásfoglalással Stevens hű volt az 1970-es és a korai 1980-as évek esetei által kijelölt irányvonalhoz, melyek a tartalmon alapuló szabályozást kiemelten veszélyesnek tartották az Első Alkotmánykiegészítés értékeire nézve. Eltekintve a precedensektől, egy kérdés azért feltehető Stevens ítéletének megalapozottságával kapcsolatban. Egy beszélőt vagy bizonyos típusú beszélőket kiszorítani a nyilvános utcasarokról támadó jellegű lépés, ám az is az, ha valaki úgy, ahogy van, elzárja az utcasarkot a nyilvánosság elől. Ez következésképp hátrányba hozza azokat a beszélőket, akiknek a legnagyobb szükségük van az utcasarokra ahhoz, hogy elérjék a publikumot, csökkenti a nyilvános viták összmennyiségét, és így csorbítja a közösség képességét az önrendelkezés megvalósítására. E megfontolások indították a bírákat a *Schneider*ben döntésük meghozatalára, mely ügy végül is magában foglalt röplapozást tiltó rendelkezéseket, melyek, hasonlóan a Los Angeles-i tiltáshoz, nem meghatározott tartalmakra vonatkoztak.

A *Schneider*től és az emberi jogi korszak „nyilvános fórum" ügyeitől való aggasztó elfordulásként értékelhető Stevens bíró hajlandósága arra, hogy mérsékelje a szabad szólás védelmének szokásos mércéjét, ám talán a legaggasztóbb az a mód, ahogyan a jelentős érdek tesztjét alkalmazta. Véleményének legvégén idézte a *New York Times v. Sullivan* mágikus fordulatát, amely az ország elkötelezettségét hangsúlyozta a „korlátlan, erőteljes és szélesre nyitott közbeszéd iránt."[25] Elemzésében ugyanakkor sehol nem lehet érezni ezen elkötelezettség húzóerejét. Stevens azt mondta, hogy a vizuális zűrzavar elkerülésének érdeke „lényeges", „jelentős" vagy „nagy súlyú", ám e kifejezéseket mechanikusan használta, mintha csak sorra venné az indítványokat. Valójában, ha a vizuális zűrzavar elkerülésének érdeke megfelelő indok lenne a beszéd betiltásához, akkor kevés olyan állami érdeket találnánk, amely ne felelne meg ennek a feltételnek. Nyilvánvaló, hogy ilyen alapon egy sor más esetben is be lehetne tiltani a beszédet az utcasarkon, hogy így elkerülhessék a közlekedés veszélyeztetését, hogy csökkenjen a gyalogosok torlódása, hogy biztosítani lehessen az akadálytalan bejutást az üzletekbe, vagy hogy el lehessen kerülni a rendbontást. Egészségügyi és esztétikai megfontolások alapján még a szemét elkerülésének kívánalma is megfelelő ok lehetne a szórólapozás

---

[19] Lásd John Hart Ely: Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis. 88 *Harvard Law Review* 1482, 1500–01 (1975). Ely professzor érvelése szerint a Warren-testület szívesen használta a kategorizációs elemzést Első Alkotmánykiegészítés-esetekben abból a célból, hogy korlátozza az igazságszolgáltatás értelmezési aktivizmusát. Lásd még *Employment Div. v. Smith*, 490 U.S. 872 (1990) – Scalia bíró a kategorizációs elemzést alkalmazza a szabad joggyakorlásra vonatkozó követelésekre.

[20] *Vincent*, 466 U.S. 795.

[21] Uo. 804–805.

[22] Uo. 804.

[23] Uo. 806.

[24] Uo. 807.

megtiltására. Semmi, abszolút semmi nem maradna a *Schneider* és a folyományaként megszületett döntések számára.

Szembesülve ezen aggasztó eredményekkel, Stevens két érvet vezetett elő, melyek úgy is olvashatók, mint az álláspontjának szelídítésére tett kísérletek. Elsőként úgy érvelt, hogy a *Vincent*-esetben az államnak nem volt alternatívája a cselekvésre, mondván, nem tudta volna oly módon érvényesíteni az érdeket, hogy az lényegesen kisebb mértékben fenyegesse az Első Alkotmánykiegészítés értékeit. Az arányos kiegyenlítés eljárásának kontextusában az iménti kérdés, mely az állam alternatív érdekérvényesítő eszközeit firtatja, alapjaiban határozza meg, hogy az állam érdeke indokolja-e a kérdéses ítéletet. Például a *Schneider*-esetben egy kevésbé korlátozó alternatíva jelenléte (például egy szemetelést megtiltó rendeleté) tagadta vagy meggyengítette azt a jogalapot, mely szerint a szemét elkerüléséhez fűződő érdek kényszerítette ki a szórólapozás tiltását. A modern esetek kategorizálási megközelítései során a „kevésbé korlátozó alternatíva" utáni kutatás afféle többletteendőként tűnik fel. Az állam érdekeinek lényegesnek (vagy olykor kényszerítőnek) kell lenniük, és a szabályozásnak *emellett* a lehető legkisebb mértékű kényszerítés révén kell a kérdéses érdeket érvényesítenie.[26] Ez azt jelenti, hogy a Los Angeles-i rendelet fenntartása érdekében Stevensnek úgy kellett következtetnie, hogy nem csupán fontos érdek volt a vizuális zűrzavar elkerülése, hanem emellett úgy is, hogy a Los Angeles által e cél elérése érdekében életbe léptetett rendelet a lehető legkisebb mértékű korlátozás volt.

Nyilvánvaló, hogy a *Vincent*-esetben volt lehetőség kevésbé korlátozó intézkedésekre. Mint ahogy Brennan bíró kifejtette azt különvéleményében, a plakátolásnak a város összes villanyoszlopára vonatkozó, teljes tiltása helyett – ahogy a rendelet határozott – megtehették volna, hogy bizonyos környékeken tiltják meg a plakátolást, vagy szabályozhatták volna annak sűrűségét. A totális tiltáshoz mérve egy efféle középutas megoldás talán nem érvényesítette volna oly teljeskörűen vagy hatékonyan a város esztétikai érdekeit. Ám mint azt a *Schneider* megmutatta, a legkevésbé korlátozó alternatíva tesztje szerint bizonyos mértékű áldozat elvárható a szabad szólás érdekében.

Stevens bíró nem erre a következtetésre jutott; és ezt részben a modern esetek legkevesebb korlátozás normájának felvizezésével tette. Akkor bukik el egy, a beszédet szabályozni, az állam érdekeit pedig védeni kívánó elképzelés, ha „a kelleténél lényegesen szélesebb körű".[27] Más szóval egy, nem a lehető legkevesebb korlátozással járó szabályozás akkor léphet életbe, ha nem korlátoz „lényegesen" jobban, mint az állam rendelkezésére álló egyéb eszközök. Az államra háruló feladat, a *legkevésbé* korlátozó szabályozás megkeresésének terhe ily módon csök-

[25] *Vincent,* 466 U.S. 808.
[26] Lásd: *United States v. O'Brien,* 391 U.S. 367, 377 (1968).
[27] *Vincent,* 466 U.S. 808.

ken. A Brennan által javasolt szabályozás, mely a plakátolás adott sűrűségét határozta volna meg, bár kevésbé korlátozna, mint a teljes tiltás, ám – Stevens szerint – az állam nem lenne köteles alkalmazni azt, mivel nem „lényegesen" kevésbé korlátozó a város által választott módszerhez képest. A szólásnak nem mindenfajta védelme követelmény; csak a lényegesek.

Az Első Alkotmánykiegészítés értékeinek fontosságát Stevens bíró egy másik helyen is figyelmen kívül hagyta, amikor a legkevésbé korlátozó alternatív szabályozás kérdését tárgyalva odáig ment, hogy a *Schneider*t magát megossza azon az alapon, hogy a Roberts bíró által elképzelt szemetelésellenes rendelet nem korlátozta volna a beszédet, míg a Brennan által javasoltak igen. Stevens ezt írta: „Egy szemetelésellenes rendelet korlátozni tudta volna a tényleges kárt anélkül, hogy ezzel bármilyen önkifejezési cselekvést megtiltott volna. (...) Itt a tényleges kár – a vizuális enyészet – nem egyszerűen az önkifejezés lehetséges mellékterméke, hanem azt maga az önkifejező cselekvés hozta létre."[28]

E részben Stevens pontosan leírja a két eset közötti különbséget, ám nem meggyőző abbéli igyekezete, hogy azt a *Schneider* relevanciájának korlátjává változtassa. Roberts megemlítése a *Schneider,* illetve a szemetelésellenes rendelet kapcsán példaként szolgál, azt megmutatandó, hogy abban az ügyben a röplapozás tiltásának vannak kevesebb korlátozással járó alternatívái.[29] Nem a példának, hanem a szabálynak kellene uralkodónak lennie, mely szabály alapján a Legfelső Bíróságnak fel kell tennie kérdést, hogy voltak-e a Los Angeles által választott eljárásnak kevésbé korlátozó alternatívái, minthogy ténylegesen voltak. Még ha Brennan alternatív javaslatai jelentettek is bizonyos korlátozást a beszédre nézve, e beavatkozás sokkal szűkebb lett volna, mint a Los Angelesben hatályba lépett teljes tiltás.

A második taktika, mellyel a *Vincent* eredményének tompítása vagy bocsánatossá tétele érdekében élt, Stevens azon állításában érhető tetten, mely szerint a beszélőnek volt megfelelő alternatív kommunikációs csatornája. Stevens így írt: „a nyilvánossá vált tények között semmi sem utal arra, hogy a politikai hirdetések elhelyezése közvagyont képező tárgyakon egyedülállóan értékes vagy fontos módja volna a kommunikációnak, vagy hogy a perbe fogott fél lehetőségét a hatásos kommunikációra egyre növekvő korlátozások fenyegetnék."[30] Ha jóhiszeműen próbáljuk értelmezni Stevens ezen állítását, érthetjük úgy, hogy ha nincs alternatív kommunikációs csatorna, az állam érdekei megfelelően kényszerítőek ahhoz, hogy a szabályozás indokául szolgáljanak (még ha a szóban forgó szabályozás általános is), vagy hogy az állami érdeknek valóban lényegesnek kell lennie, vagy

[28] Uo. 810.
[29] Figyeljük a „között" *(amongst)* szót a *Schneider*ből idézett részben, 308 U.S. 162.
[30] *Vincent,* 466 U.S. 812.

hogy a Legfelső Bíróság a legkevésbé kényszerítő alternatíva tesztet még szigorúbban alkalmazza. Ezen értelmezés szerint a szabad szólást érő veszteségek még rettenetesebbek ott, ahol nincsenek alternatív kommunikációs csatornák, és a Legfelső Bíróságnak több oka van arra, hogy az állam cselekvését alapos elemzésnek tegye ki.

Ennek ellenére Stevens bíró *Vincent*re vonatkozó elemzése kevés vigaszt nyújt nekem. Ahelyett, hogy azt kérdezné, hogy a közvéleménnyel való kommunikációnak értelmes és hatásos módja-e plakátokat villanyoszlopokra tűzni – amit mindenki megkérdezhet a szórólapozás esetében –, úgy tűnik, hogy Stevens a beszélőre helyezi annak a bizonyítását, hogy az illető kommunikációs csatorna „egyedülállóan értékes". A szórólapozás vagy bármely más kommunikációs forma önmagában nem állná ki ezt a tesztet. Mindig vannak alternatívák, egyesek jobbak, mint mások, ám a kommunikáció egyetlen formája sem „egyedülállóan értékes".

Roberts bíró a *Schneider*ben az alternatív kommunikációs módok kérdését más szemszögből közelítette meg. Ő elismerte a beszélőnek azon jogát, hogy szabadon válassza meg az eszközt, amivel el kívánja érni a publikumot, és az államra helyezte annak a terhét, hogy indokolja meg beavatkozását az illető kommunikációs formával szemben. Ahogy mondta, „senki szabad szóláshoz való joga nem korlátozható azon az alapon, hogy máshol szabadon gyakorolhatja azt".[31] Ezzel szemben úgy tűnik, Stevens bíró csak azután volt kész az indokolás terhét az államra helyezni, hogy a beszélő megindokolta, hogy miért választotta az illető kommunikációs módot; és tette mindezt meglehetősen impozáns módon.

[31] *Schneider*, 308 U.S. 163.

III.

Miközben a *Vincent*-ügyben a Legfelső Bíróság kifinomultan manipulálta az arányos kiegyensúlyozás tesztjét és annak modern párját, hogy a *Schneider*nek ellentmondó eredményre jusson, névleg a teszt legyengített változatához ragaszkodott. A Legfelső Bíróság közepes szigorúságú vizsgálatot ígért, ám mint azt láthattuk, ezt az ígéretet alaposan megszegték a nagy igyekezetben. Jóllehet az 1990-es *United States v. Kokinda*[32] esetben e revíziós folyamat újabb állomásához érkezett, lényegében megtagadta a *Schneider*t és mindent, ami azzal járt. Az O'Connor bíró által jegyzett véleményben a testület többsége nyíltan elutasított minden speciális felülvizsgálati eljárást – legyen az arányos kiegyenlítés vagy középszintű felülvizsgálati eljárás *(intermediate scrutiny)* – a közterületekhez, köztük a járdákhoz való hozzáférést korlátozó szabályozások egy nagy csoportjával kapcsolatban. Kennedy bíró megtagadta, hogy csatlakozzon O'Connor véleményéhez. Ő kitartott amellett, hogy valamilyen közbülső felülvizsgálati eljárásnak alá kell vetni e szabályokat – jóllehet, a *Vincent* szellemében, amire hivatkozott, e tesztet kielégítőnek tartotta. Brennan, Marshall és Blackmun bírák megintcsak különvéleményt fogalmaztak meg az ítélet ellen. Ebben az esetben Stevens bíró is csatlakozott hozzájuk.

A *Kokindá*ban az ügy tárgya az Egyesült Államok Postaszolgálatának (USPS) egyik szabályzata volt, melyben a szervezet megtiltotta az adománygyűjtést a tulajdonát képező területen. A szabályzatot egy politikai szervezet önkénteseinek csapatára alkalmazták, akik egy postahivatal bejáratától nem messze egy asztalt állítottak fel a járdán, hogy adományokat és előfizetéseket gyűjtsenek a szervezet könyveire és újságjára, továbbá, hogy különböző politikai kérdésekkel kapcsolatos irodalmakat osszanak az arra járóknak.

A szóban forgó postahivatal egy különálló épületben volt egy nagyobb autópálya mellett, a kertvárosi Marylandben. Az emberek autóval mentek a postára, leparkoltak, és a parkolóból egy járdán mentek be a postára. Ezt a járdát használták a politikai aktivisták. Az adománygyűjtők ellen büntetőeljárás indult, és olybá

[32] 497 U.S. 720 (1990).

tűnt, az eset nagyon emlékeztet majd a milwaukee-i húspiacnál tiltakozók esetére a *Schneider*ben. Ugyanakkor volt egy fontos különbség. A járdát nem a város, hanem az Egyesült Államok Postaszolgálata építette és birtokolta.

A kormány azon az alapon védte meg ítéletét, hogy az adománygyűjtés akadályozta a rendes forgalmat a járdán (a ki- és bemenetet a postára), így gátolva a Postaszolgálatot abban, hogy megvalósítsa fennen hirdetett programját munkájának hatékonnyá tételére. E magyarázatra három válasz érkezett. Az ellenzőké, akik Brennan bírón keresztül fogalmazták meg ellenvetésüket; ő az egyik utolsó véleményében kifejtette, hogy jóllehet az állam hatékonyság iránti igénye legitim, ez az ok elégtelen a szabad szólás korlátozásának igazolására. Az ellenzők hűek voltak a *Schneider*-esethez. A második választ Kennedy bíró vezette elő párhuzamos véleményében. Érvelésében fenntartotta a vádat az aktivisták ellen azon az alapon, hogy a közlekedés biztosításának érdeke minősíthető „lényeges", „jelentős" vagy „nagy súlyú" érdeknek a *Vincent* logikáját követve (elvégre az csaknem bármire igaz lehet).[33]

A harmadik és legmegdöbbentőbb választ O'Connor bíró fogalmazta meg a bíróság többségi véleményében; e válaszban jelenik meg leglátványosabban a szabad szólás veresége. O'Connor, csakúgy, mint Kennedy, helyben hagyta a kormány intézkedését, de Kennedytől eltérően nem az arányos kiegyensúlyozás tesztjét alkalmazta, és nem vizsgálta a kormány érdekének meglétét más, a közepes vagy a szigorú mérce szerint sem *(intermediate and strict scrutiny)*. A kormánytól csupán *jogos* érdek felmutatását várta, és ebben az esetben a szabad átjárás biztosítása bőségesen elegendőnek bizonyult e kritérium teljesítésére. O'Connor leszögezte, hogy az állami érdeknek nem kell „kényszerítőnek", „jelentősnek", „lényegesnek" vagy „nagy súlyúnak" lennie. Ehelyett kijelentette, hogy a kormány intézkedéseit csak „indokoltságuk tekintetében kell megvizsgálni,"[34] ami alatt ő csak annyit értett, hogy a járda szabaddá tételéhez fűződő kormányzati érdeknek jogosnak vagy elfogadhatónak kell lennie.

O'Connor véleményében a kérdéses, szólásnak minősülő cselekvést (adománygyűjtés) nagy terjedelemben tárgyalta, melyből úgy tűnik, hogy az előtte lévő ügyet elkülönítette a Schneidertől azon az alapon, hogy az adománygyűjtés más szólásnak minősülő cselekvésnél, mint például a szórólapozás, jobban zavarja a

[33] Uo. 738–739.

[34] Uo. 727. Később O'Connor bíró elfogadta a védelemnek a bevett doktrínához kapcsolódó érvét, miszerint az adománygyűjtés megtiltása nem a legkevésbé korlátozó eszköz volt a Postaszolgálatnak a hatékonysághoz fűződő érdekei érvényesítésére. Ugyanakkor azonnal megszakította az efféle vizsgálódásokat, megtagadván a felsőszintű felülvizsgálat *(strict scrutiny)* minden formáját vagy az arányos kiegyenlítés tesztjét: „Ha akár még szűkebbre szabott szabályozásokat is kellene életbe léptetni, a Postaszolgálat csak elfogadható szabályozásokat köteles bevezetni. …" Uo. 735–736.

gyalogos járda forgalmát.[35] Én kételkedem e megkülönböztetés ténybeli megalapozottságában. Az természetesen igaz, ahogy O'Connor megjegyezte, hogy a gyalogosnak meg kell állnia, hogy meggondolja, ad-e adományt, ám ugyanez elmondható a szórólapozásnál vagy akár egy szónoklat esetében – a gyalogosnak lehet hogy meg kell állnia, hogy elolvasson vagy meghallgasson valamit. Ám akár még azt is fenntartva, hogy az adománygyűjtés nagyobb zavart okoz, mint a szórólapozás, attól még nem kell átalakítani és leszállítani a felülvizsgálat szintjét, hanem, mint azt Kennedy gondolta, mindössze annyi a teendő, hogy felső- vagy középszintű felülvizsgálati mércét kell alkalmazni, mely megkívánja, hogy az állam lényeges érdeket mutasson fel. Ugyanakkor O'Connor véleménye nyomán visszautasították az arányos kiegyenlítés tesztjét vagy bármely más felülvizsgálati eljárást, mely rendelkezés nem a meghatározott fajtájú, szólásnak minősülő cselekvésre vonatkozott (adománygyűjtés), hanem a járda, azaz a beszéd helyszínéül szolgáló terület tulajdonlási szerkezetére.

Roberts bíró funkcionális szempontból közelített a tulajdon kérdéséhez. Őt nem érdekelte, hogy kinek a neve szerepel az illető terület tulajdoni lapján; tulajdonképpen egyáltalán nem játszott szerepet a *Schneider*ben adott elemzésében az, hogy ki volt a járda tulajdonosa. Ehelyett ő megértette, hogy mire van a politikai aktivistáknak szükségük ahhoz, hogy gyűléseiket reklámozandó vagy nézeteiket bemutatandó elérjék a publikumot, és a szórólapozást a járdán tökéletesen ésszerű eljárásnak tekintette e célkitűzés eléréséhez. A közönség használta a járdát, és a szólásnak minősülő tevékenység nem akadályozta lényegesen vagy túlságosan a szóban forgó fizikai hely rendeltetésszerű használatát. A szólás gyakorlása összeegyeztethető volt a tér használatával.

E funkcionális megközelítés uralta az efféle kérdésekben hozott ítéleteket a háború előtti időszakban, és jócskán szerepet játszott abban a nagylelkű védelemben, amelyet a Warren-testület a nyilvános tüntetések számára nyújtott az emberi jogi mozgalmak korában. A testületek bírái mindig érzékenyek voltak az okozott felfordulás mértékére – valójában, ha a rend és a szabad és nyílt vita által képviselt értékek mérettek meg egymással szemben, olykor megosztottak voltak abban, hogyan kell megállapítani az egyensúlyt. Ugyanakkor lényegében semmilyen figyelmet nem szenteltek a tulajdonviszonyok kérdésének ezen eljárások során. Nem

[35] E javaslatot megerősítette O'Connor állásfoglalásában az *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee* ügyben, 112 S. Ct. 2701 (1992) és a *Lee v. International Soc'y for Krishna Consciousness* ügyben, 112 S. Ct. 2709 (1992), melyekben támogatta a New York körzetében lévő repülőtereken való adománygyűjtések tilalmát, ám ellene szavazott annak a javaslatnak, amely a repülőtereken tiltani akarta a szórólapozást. Lásd: 112 S Ct. 2711, 2715 (O'Connor bíró, párhuzamos vélemény); lásd a 44. és 47. lábjegyzeteket. Kennedy bíró szintén megosztotta véleményét hasonló módon, ám mint a *Kokindá*ban, alkalmazta a középszintű felülvizsgálati normát. 112 S. Ct. 2711, 2724 (Kennedy bíró, párhuzamos vélemény).

mellesleg, amikor a Legfelső Bíróság 1968-ban egy magánterületen – egy bevásárlóközpontban – történt, szólásnak minősülő cselekvést részesített védelemben, azt ugyanazon indok alapján tette, mint amikor államilag birtokolt területen, utcákon és járdákon történő szóláscselekvéseket védett.[36]

Az 1970-es évek elején az újjáalakult Legfelső Bíróság szakított ezzel a hagyománnyal és elemzéseinek középpontjába a tulajdonjog kérdését helyezte. Az állami cselekvés kötelezettségének *(state action requirement)* leple alatt a Legfelső Bíróság magántulajdonban lévő intézményeket – bevásárlóközpontokat és plázákat – zárt el szólásnak minősülő cselekvések elől.[37] Csak állami tulajdonban lévő területet lehetett nyilvános fórumnak tekinteni. Bizonyos értelemben az államnak kétszer kellett megjelennie: mint az intézmény, amely csendet rendel el, és mint az intézmény, mely érvényt szerez az elhallgattatásnak. A Legfelső Bíróság csak akkor kezdte a *Schneider* kiegyenlítő módszerét vagy a későbbi esetekben a többlépcsős vizsgálatokat alkalmazni, ha megbizonyosodott arról, hogy a kérdéses, szólásnak minősülő cselekvés állami területen valósult meg.

Első ránézésre úgy tűnik, hogy a *Kokinda* beszélői könnyedén teljesíthetik ezen új feltételeket, mivel a járdát a vélhetően probléma nélkül állami intézménynek tekinthető Postaszolgálat építette és birtokolta. A Postaszolgálatnak monopóliumközeli hatalma van, közpénzből kap forrásokat, és az állam a hatalom számos formáját ruházta rá. Technikailag inkább működik állami vállalatként, mint kormányhivatalként, de vezető testületének tagjait az Elnök nevezi ki. O'Connor bíró nem vitatta a Postaszolgálat állami státusát; ehelyett teljesen más stratégiát választott. Úgy döntött, hogy szétdarabolja az államot. Mintha csak a Reagan-évek privatizációs retorikája ragadta volna magával, O'Connor úgy érvelt, hogy a politikai aktivisták eltávolításával az állam csak „tulajdonosi minőségében" cselekedett, csak úgy, mintha egy magáncég vagy egy magántulajdonos tette volna azt. O'Connor szerint a Postaszolgálat azért igyekezett szabaddá tenni a járdát, hogy így biztosítsa a szabad bejárást az épületbe, ahol különféle szolgáltatásokat és árucikkeket ajánlott ügyfeleinek.

O'Connor elemzésében alapvető fontosságú az a különbségtétel, amelyet az állam egyes lehetséges cselekvési módjai között tett. E módszer igazolásaként idézte a *Lehman v. Shaker Hights* ítéletét[38] az 1970-es évek elejéről, melyben a testület Blackmun bíró által megfogalmazott véleményében helyben hagyta egy önkormányzat azon intézkedését, mellyel megtagadták, hogy a helyi buszokon politikai

---

[36] Lásd: *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza,* 391 U.S. 308 (1968).

[37] Lásd: *Hudgens v. NLRB,* 424 U.S. 507 (1976); *Lloyd v. Tanner,* 407 U.S. 551 (1972). Lásd általában *Moose Lodge No. 107 v. Irvis,* 407 U.S. 163 (1972) – fenntartja, hogy a faji diszkriminációt megvalósító magánklub működési engedélye *(liquor license)* nem áll összhangban a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésben foglalt állami kötelezettségekkel.

[38] 418 U.S. 298 (1974).

hirdetések elhelyezése céljából felületet lehessen vásárolni. A *Lehman*ban a bíróság úgy találta, hogy a helyi kormányzat ekkor „kereskedői minőségében" cselekszik, és ilyen cselekvőként kevésbé szigorú szólásszabadság-mércének kell rá vonatkoznia. Kétségtelen, hogy találni a *Lehman*ban az állam szétdarabolásának elméletét támogató nyelvezetet, ám e megközelítés valódi forrása Rehnquist bíró, aki az elmúlt évben úgy érvelt, hogy „a kormány mint szuverén szerepe szigorúbb korlátozások alá esik, mint amikor mint munkaadó, ingatlantulajdonos vagy oktató cselekszik".[39]

Rehnquist eredetileg egy magányos különvéleményben javasolta ezt az elméletet. A *Kokindá*ban elmélete elnyerte a testület derékhadának támogatását, nem csupán ő maga és Scalia volt e véleményen, de White és O'Connor bírók is támogatták azt. Majd mindössze két évvel a *Kokinda* után, közvetlenül Brennan és Marshall bírók nyugdíjba vonulását követően az állam „szétdarabolásának" elmélete lett a többségi doktrína a testületben. Ez egy olyan esethez köthető, mely New York körzetének három nagy repülőterét is érintette.[40] A Brennant felváltó David Souter teljesen elutasította ezt a doktrínát, ragaszkodva ahhoz, hogy a Legfelső Bíróságnak „minden állami tulajdonban lévő területet nyilvános fórumnak kell tekintenie, ha az fizikai természetét tekintve »megfelel eszmecsere céljára«; ahol az eszmék kifejezése »kompatibilis« azzal a használattal, melynek céljából az illető közterületet létrehozták."[41] A Marshallt felváltó Clarence Thomas bíró azonban csatlakozott a *Kokinda* többségét alkotó négy bíróhoz, és így a többség öt fővel támogatta, hogy a szétdarabolási elmélet segítségével tartsák fenn az adománygyűjtésre vonatkozó tiltást a három repülőtéren.

A kérdéses repülőtereket a Kikötői Hatóság *(Port Authority)* nevű kormányzati szervezet birtokolta és üzemeltette. Ahogy Rehnquist bíró, a testület többségi véleményének szerzője írta: „A repülőterek általában hozzáférhetők a közönség számára és területükön különféle kereskedelmi célú létesítmények találhatók, mint éttermek, büfék, bárok, újságosok és különféle boltok."[42] Egy másik, párhuzamos véleményben O'Connor bíró hozzátette: „Véleményem szerint a Kikötői Hatóság bevásárlóközpontot és repülőteret egyaránt működtet."[43] Mindazonáltal csatlakozott a többi négy bíró, Rehnquist, White, Scalia és Thomas csoportjához, így többséget alkotva megtagadták, hogy legmagasabb szintű felülvizsgálatra utalják a Ki-

---

[39] *Board of Educ. v. Pico,* 457 U.S. 853, 920 (1982) – Rehnquist bíró, különvélemény. Lásd *FCC v. League of Women Voters,* 468 U.S. 364, 405 (1984) – Rehnquist bíró, különvélemény; *First Nat'l Bank v. Bellotti,* 435 U.S. 765, 823–25 (1978) – Rehnquist bíró, különvélemény. Lásd még *Regan v. Taxation with Representatation,* 461 U.S. 540, 544 (1983); *Rust v. Sullivan,* 500 U.S. 173 (1991).

[40] *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee,* 122 S. Ct. 2701 (1992).

[41] Uo. 2724.

[42] Uo. 2704.

[43] Uo. 2713.

kötői Hatóság adománygyűjtést tiltó intézkedését. Magyarázatként Rehnquist így fogalmazott: „Amikor az állam belső működését igazgatva tulajdonosként, és nem pedig szabályozói vagy engedélyező hatalmával élve, törvényhozóként cselekszik, akkor ebbéli tevékenysége nem részesül olyan alapos figyelemben, mint ami törvényhozói minőségében hárul rá.[44]

E javaslat támogatásaként Rehnquist a *Kokinda* többségi véleményéből idézett (hogy így teljes legyen a kör). De nem kínált fel – sem ebben az esetben, sem máskor – elvi alapokra helyezett védekezést az állam szétdarabolását javasló elmélete érdekében. Még csak megközelítőleg sem. Természetesen az állam sokféle módon működik, azonban ez nem jelenti azt, hogy kevésbé lenne állam, amikor egy bizonyos szerepben tevékenykedik és nem egy másikban. Még akkor is, ha az állam a munkaadó, a birtokos, az oktató álruhájában cselekszik, ebben a minőségében is a közösség eszköze marad, és éppen emiatt élvez különleges előjogokat és felelős bizonyos kötelezettségek elvégzéséért, beleértve azokat, amelyek az alkotmányból háramlanak rá.

Rehnquist és O'Connor bizonyos mértékig elfogadta ezt az álláspontot, de csak egy minimális engedmény erejéig – nevezetesen annak elismeréséig, hogy amint azt O'Connor mondta a *Kokindá*ban: „a kormány, még akkor is, amikor tulajdonosi minőségében cselekszik, nem teljesen mentes az Első Alkotmánykiegészítés által rá rótt megkötésektől."[45] Az állam cselekvésének kell hogy legyen indoka, mégpedig hozzá jó indoka kell hogy legyen, azaz nem olyasmi, ami illegitim vagy az állam számára tilos. Természetes módon merül fel a kérdés, hogy mik lennének e tilos körülmények. Válaszképp O'Connor úgy fogalmazott, hogy a törvény nem lehet mindössze „valamely vélemény elnyomására irányuló erőfeszítés, csupán azért, mert egyes közhivatal-viselők ellenzik a beszélő álláspontját".[46]

[44] A testület többségét alkotó öt bíró ugyanezt a felpuhult vizsgálati normát alkalmazta a Kikötői Hatóságnak a röplapozást tiltó rendelkezése kapcsán, de közülük csak négyen – Rehnquist, White, Scalia és Thomas – találták ezt kielégítőnek. O'Connor szembehelyezkedett társai véleményével. Míg az adománygyűjtést tiltó rendelkezés mércéjéül állított puha normát kielégítőnek találta, úgy döntött, hogy a repülőtereken való röplapozást tiltó párhuzamos rendelkezés „fenntartása nem indokolható ebben az esetben." 112 S. Ct. 2713. O'Connor bíró elfogadta a szeméttel kapcsolatos indokot a Schneiderben, de azt csak a szabályozás egy lehetséges magyarázataként jellemezte. (Uo. 271.) Ismételten hangsúlyozta: „Jelen esetben a Kikötői Hatóság nem mutatott fel a szórólapozás tiltására szolgáló független indokot, és a jegyzőkönyv nem tartalmaz olyan információt, melyből levezethető lenne a tiltás." (Uo.) Rehnquist és a másik három bíró ezt a magyarázatot nem találta kielégítőnek; Rehnquist a zsúfoltságról és a késésről beszélt, és lényegében azt sugallta a Kikötői Hatóságnak, hogy térjen vissza a bíróságra egy gazdagabbb példagyűjteménnyel, mellyel igazolható a tiltás fenntartása. *International Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee,* 122 S. Ct. 2709, 2710.

[45] *United States v. Kokinda,* 497 U.S. 720, 725 (1990).

[46] Uo. 730. – idézi *Perry Educ. Ass'n v. Perry Local Educators Ass'n,* 460 U.S. 37, 46 (1983).

Ez az engedmény tükrözi a kategorizáló megközelítés azon eseteiben alkalmazandó speciális szabályokat, amikor az állam a szólás tartalmát szabályozza; ezzel együtt a *Kokinda* többségi véleménye aggasztó marad. Elismerem, hogy a Postaszolgálatra olyan korlátozó szabályok vonatkoznak, amelyek egy tisztán magánvállalkozásra nem alkalmazhatók, ám e korlátozás lényegesen kisebb, mint amit Milwaukee-ban a *Schneider*ben vagy akár Los Angelesben a *Vincent*ben érvényesítettek. Ebben az esetben az államnak nem kényszerítő vagy lényeges okot kell találnia a cselekvéséhez, csak egy jó okot. A mércék e különbsége szakít a precedens érvényesülésével, és minthogy az állam majdnem mindig talál majd valamilyen elfogadható indokot cselekvéséhez, a *Kokinda* felpuhított normája megfosztja az Első Alkotmánykiegészítést kényszerítő erejének javától.[47] Az állam nem hivatkozhat egyszerűen arra cselekvése indokolásaként, hogy az illető elképzeléssel nem ért egyet, ám emellett még rengeteg eszköz áll rendelkezésére ahhoz, hogy egy tiltást megindokoljon.

Ebből a szemszögből nézve a *Kokinda* a *Schneider*nek egy különösen pusztító, még a *Vincent*nél is pusztítóbb újragondolását valósítja meg. Az eset kiáll azon javaslat mellett, hogy amikor az állam csendet követel a tulajdonában álló területen – és így tulajdonosi mivoltában cselekszik –, e cselekedete ne legyen tárgya sem az arányos kiegyenlítés tesztjének, sem más speciális vizsgálatnak. Teljesen tisztában lévén azzal, amit csinált, O'Connor bíró megígérte, hogy az állam cselekedeteit még akkor is speciális vizsgálat elé fogja állítani, amikor az „tulajdonosi minőségében" cselekszik, ha *a)* az állami tulajdon „hagyományosan" nyitva állt a közönség előtt, hogy ott önkifejező tevékenységet folytassanak vagy *b)* az állami tulajdont „kimondottan szólás jellegű cselekményekre szánták".[48]

E két kivétel egyike sem vonatkozott magára a *Kokindá*ra. A kormány a múltban engedélyezte az adománygyűjtést a járdán, de egy évtizeddel korábban ezen intézkedését megváltoztatta; még az előtt, hogy az eset alapját képező konfliktus kitört volna. Ennek megfelelően O'Connor azt a következtetést vonta le, hogy a járdát nem kimondottan szóláscselekvés céljára szánták, és így a második kivétel

[47] A Kikötői Hatóság esete ezen általánosítás alóli kivételnek tűnik, minthogy O'Connor bíró, a *Kokinda* puha mércéjének alkalmazásával végülis alkotmányellenesnek találta a repülőtéri szórólapozás tiltását. Lásd fenn: 44. lj. Minthogy a többi bíró nem támogatta döntését, nem világos, hogy ez a helyzet a Kikötői Hatóság stratégiai hibájának köszönhető – annak a hibának, hogy nem szolgáltattak egy jó indokot sem a tiltásra, és nem szolgáltak megfelelő mennyiségű, a tiltást alátámasztó kokrét példával, esettel sem – vagy pedig annak, hogy O'Connor bíró esetleg egy új vizsgálati szintet hozott létre – nevezhető talán félkeménynek, mely valahol a puha és a közepes felülvizsgálati norma között helyezkedik el. Talán utólag meggondolta magát a *Kokindá*val kapcsolatban, és így akarta megmutatni, hogy jóllehet a szórólapozás tiltásához nem kell sem kényszerítő, sem lényeges indok, mégis, az indoknak súlyosabbnak kell lennie az „elfogadhatónál".

[48] *Kokinda,* 497 U.S. 726.

nem vonatkozik az esetre. Sőt mi több, jóllehet a múltban a járda nyitva állt a közönség előtt, hogy ott önkifejező cselekvéseket végezzenek, de ez nem volt mindig így. Ez utóbbi tény alapján O'Connor úgy döntött, hogy a tradicionális tevékenységekre vonatkozó első kivétel sem érvényesül ezen esetben. O'Connor a „hagyományosan" kifejezést sajátos módon értette; olvasatában itt azt jelentette, hogy „mindig".

A *Kokinda*-döntésbe foglalt két korlátozás, olybá tűnik, a precedensnek vagy annak a kitüntetett helynek szóló engedmény, melyet az utcasarok (ezúttal szó szerinti értelemben) az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos ítélkezési gyakorlatban elfoglalt a *Schneider*-döntés, és egy másik Roberts-féle vélemény, a *Hague v. CIO* ügy[49] óta. Ugyanakkor nehéz úgy tekinteni e kivételekre, mint amelyeket az alkotmány helyes értelmezése indokol. Miért kellene az Első Alkotmánykiegészítés szigorúságának meghajolnia a közösség hagyományai vagy az állam korábbi döntései előtt azzal kapcsolatban, hogy mit tekint a szabad szólás számára megfelelő helyszínnek? E kivételek afelé terelik az alkotmányt, hogy vagy kodifikálja a tradíciót, vagy pedig hogy az állam korábbi elkötelezettségeihez alkalmazkodjon, ám én éppen ellenkezőképpen képzelem az alkotmányt: az állam előjogainak korlátjaként, és a közösségi tradíciók kritikai vizsgálatának alapjaként.

Függetlenül e kérdés elméleti hozadékaitól, kérdésesek a *Kokinda* e két kivételének gyakorlati következményei is. E kivételek révén talán nyitott marad a régi, jól ismert utcasarok, ám az új típusú nyilvános helyeket, például egy kormányzati épületegyüttest vagy egy repülőteret azok nem védik, és így megnehezítik a politikai aktivisták dolgát abbéli erőfeszítésükben, hogy elérjék a közvéleményt. Manapság egyre kevesebb járókelő sétál a régi, ismerős utcasarkon, a város utcái elnéptelenednek. Nyilvánvaló, hogy a közvélemény jelentős része a belvárosi plázákban vagy a kertvárosi bevásárlóközpontokban fellelhető, különösen szombat délelőttönként. Ám minthogy a közélet e helyszínei magántulajdonban vannak, sokkal inkább, mint a Postaszolgálat járdája vagy mint a Kikötői Hatóság repülőtere, a *Kokinda*-eset vezérlő logikája az Első Alkotmánykiegészítés hatáskörén messze kívül helyezi e helyszíneket. Mi marad akkor a szabad szólásnak?

49 307 U.S. 496 (1939).

IV.

Az olyan esetekben, mint a *Vincent* és a *Kokinda*, a Legfelső Bíróság visszavonult a *Schneider* és a polgárjogi küzdelmek korszaka idején kialakított, az utcasarkot a szabad szólás számára biztosító pozíciójából. Afféle kárpótlásként megerősítette elkötelezettségét a tartalomszabályozással szemben. Míg a *Vincent*ben a testületi többség csak azt követelte meg az államtól, hogy „jelentős" érdeket vonultasson fel a korlátozás mellett, és ezt a feltételt elég könnyen teljesíthetőnek ítélte, mindazonáltal leszögezte, hogy a tartalom alapján történő szabályozásnak csak „kényszerítő" érvényű állami érdek lehet az alapja. A tartalmon alapuló szabályozással kapcsolatban hasonló álláspontot fejtett ki O'Connor bíró véleményében a *Kokindá*ban: az állam sosem hivatkozhat cselekedetinek védelmében tartalmi okokra vagy arra, hogy elutasítja a beszélő nézeteit, még akkor sem, ha „tulajdonosi minőségében" cselekszik.

El kell ismerni, hogy a tartalmon alapuló szabályozás elleni kiállás hozott néhány figyelemreméltó győzelmet a szólásszabadságnak a Rehnquist-testület időszakában. Nyilvánvaló, hogy nem korlátozzák a tartalomszabályozást tiltó szabályok az államot akkor, amikor az elosztási szerepben tevékenykedik – például amikor támogatásokat ítél meg[50] –, de amikor szabályozási feladatokat végez, akkor nem megengedettek számára tartalmi alapú eljárások. Az ilyen ügyek talán legjobb példái a zászlóégetési esetek.[51] Ezen felül a bíráskodás által gyakorolt cenzúra is korlátok között maradt, amikor a hagyományos tartalomszabályozási kategóriákhoz kötődő esetek, mint az obszcenitás, a rágalmazás vagy a felforgatásra történő uszítás kerültek terítékre.[52]

Felmerül a kérdés, hogy a tartalomra irányuló szabályozás elleni kiállás vajon manapság éppen olyan szilárd-e, mint volt a múltban, tekintve, hogy az elmúlt évek nagy szólásszabadság-győzelmeiben kulcsszerepet játszó Brennan, Marshall

50 Lásd az 5. fejezetet.
51 *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).
52 Lásd Kalven: *A Worthy Tradition* (14. lj.), 3–298. – a Warren-testület tartalomszabályozással kapcsolatos örökségének összefoglalása és méltatása.

és Blackmun bírák nyugállományba vonultak. A tartalomra irányuló szabályozás tiltásának elégségessége egy ennél is fontosabb kérdés; és bármennyire szilárd vagy szükséges is a tartalomra irányuló szabályozást kizáró előírás, álláspontom az, hogy önmagában nem elegendő. A hozzáférés-korlátozás elleni védelem éppoly alapvető eleme a szabad szólás rendszerének, mint a tartalomra irányuló szabályozással szembeni védelem.

A Legfelső Bíróság számos alkalommal kinyilvánította, hogy nincs olyan, hogy téves gondolat.[53] E kinyilatkoztatásban rejlő érzület a tartalmon alapuló szabályozást tiltó szabály alapja, és az nagyrészt ettől olyan vonzó. A közügyek megvitatásából nem lehet semmilyen véleményt kizárni. A hozzáférés korlátozásai nem címkéznek gondolatokat tévesnek, és ily módon elkerülik e tiltó szabályt, ám mindazonáltal meghatározó hatást gyakorolnak a közéleti kérdések megvitatásának természetére. Az efféle szabályozás a beszéd lehetőségét korlátozza, és minthogy a társadalom különböző csoportjai nem rendelkeznek egyforma beszédlehetőségekkel, egy lehetőség – az utcasarok – korlátozása előnyhöz juttathat egy csoportot egy másikkal szemben.

A beszélők különböző kedvezményezése mellett a hozzáférés-szabályozás oly módon is hat a közéleti kérdések megvitatásának természetére, hogy meghatározza, mit hallhat vagy láthat a közvélemény. A legelszántabb polgár természetesen aktív módon utánajárhat véleményeknek, alaposan megismerheti azokat, függetlenül attól, hogy hol és hogyan hozták őket nyilvánosságra. Ugyanakkor butaság lenne az eszmék után szaladgáló állampolgár példáját társadalmunk vagy bármely működő modern demokrácia meghatározó viselkedési normájának tekinteni. A demokratikus értékek tisztelete megkívánja, hogy minden vélemény könnyen hozzáférhető legyen, ilyen hozzáférés híján a közvélemény nem valószínű, hogy tisztában lehet az előtte álló választási lehetőségekkel vagy azzal, hogy milyen ára van annak a berendezkedésnek, amelyben jelenleg él.

Ha választani kellene a szabad szólás e két szabálya közül – az egyik a hozzáférést, míg a másik a tartalmat szabályozza –, nem látom tisztán, hogy mi alapján választanánk, és melyik volna a fontosabb. A hagyományos bölcsesség azt mondatná velünk, hogy a tartalmon alapuló szabályozás tiltása fontosabb. Ugyanakkor kérdéses, hogy a demokrácia értékei szempontjából tényleg előrébb jutunk-e, ha határozott és drasztikus szabályok védelmezik a zászlóégetést vagy az olyan paródiákat, mint amilyen a *Hustler*-esetben[54] szerepelt, miszerint egy lelkész bevallja, hogy részegen szexuális kapcsolatba került az anyjával egy sufniban; míg azt megengedjük, hogy az állam korlátozza az olyan jellegű politikai megnyilatkozásokat, mint amelyek a *Vincent*ben vagy a *Kokindá*ban megjelentek. Nem lehetséges, hogy egy lépést léptünk előre és kettőt hátra?

[53] Lásd például *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974).
[54] *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988).

Míg e két szabály jelentőségének összehasonlítása komoly dilemma lehet a demokráciaelmélet számára, szerencsére nem terheli a Legfelső Bíróságot. Semmilyen módon nem összeegyeztethetetlen, sem logikailag, sem pedig másképp bő kézzel mérni a védelmet a tartalomszabályozással, és egyúttal a hozzáférés-korlátozással szemben is, mely utóbbi korlátozás csökkenti a közvélemény hozzáférési lehetőségét a fontos közügyekkel kapcsolatos kérdésekhez. Igazából a polgárjogi küzdelmek korszakának példája megmutatja, illetve a történelem arra tanít, hogy mindkét fajta védelem lehetséges e korlátozásokkal szemben, és ezek ugyanarra az értékre: a közéleti viták gazdagsága iránti elkötelezettségre vezethetők vissza.

A *Vincent*ben és a *Kokindá*ban láthattuk ezen elkötelezettség gyengülését – nem, a helyes kifejezés inkább az árulás. A jelenlegi Legfelső Bíróság az erőteljes közéleti viták iránti teljes elkötelezettségről beszél, és számtalanszor említi a *New York Times v. Sullivan* ezirányú formuláját, azonban, amint az megmutatkozott a médiával kapcsolatos esetekben is, a testület képtelen működő valósággá alakítani e szavakat. A Legfelső Bíróság elfogadja, ha a rendőr tenyere elhallgattatja az utcasarki szónokot, jóllehet nem tud megnevezni semmilyen sürgős indokot az utcasarkot kiürítő döntése alátámasztására. A jelenlegi Legfelső Bíróság nem követel meg kényszerítő érdeket – olykor még valóságos érdeket sem – a beszéd elhallgattatásának indokolásához. A Legfelső Bíróság felvizezte a felülvizsgálati normákat, és így súlyosan aláásta azokat az értékeket, amelyek, mint ahogy Roberts bíró méltatta őket, „a szabad emberek által végzett szabad kormányzás fundamentumai”.

4.

Szabadság és feminizmus

Prológus

Az 1980-as évek közepén, ahogy végéhez közeledtek a Kalven-kötettel kapcsolatos tennivalóim, egy Első Alkotmánykiegészítés-kurzust indítottam az egyetemen. Alapozva arra a szemináriumra, melyet Alvin Klevorickkel tartottam a gazdasági és a politikai hatalom kapcsolatáról, olyan témákat tekintettem át, mint a kampányfinanszírozás, az elektronikus média, vagy a politikai aktivisták kísérlete magántulajdonban lévő területek, például bevásárlóközpontok használatára a közvéleményt megszólítandó. A Szabad szólás és társadalmi struktúra, *kezdeti erőfeszítésem az e kurzusban szereplő számos szerteágazó terület összefoglalására, természetesen e kérdésekkel foglalkozott (lásd az 1. fejezetet).*

Az 1980-as évek végén és a korai 1990-es években ezen a kurzuson számos diákomat kezdte foglalkoztatni, hogy az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos elméletem alkalmazható-e olyan esetekre, ahol az egyenlőtlenségnek nem gazdasági, hanem társadalmi alapja van. A jogtudományon végigsöprő radikális feminizmus elképzelései által inspirálva közülük sokan úgy vélekedtek, hogy az államnak esetleg lehet szerepe abban, hogy megfékezzen egy olyan társadalmi intézményt – a pornográfiát –, amelyről azt tartották, hogy a nemek közötti egyenlőtlenség fontos forrása. Az én személyes rokonszenvem mélyen megosztott volt – kedvenc diákjaim között tartom számon Catharine MacKinnont, aki a pornográfia elleni kampányt kezdeményezte, éppúgy, mint Frank Easterbrookot, aki megállította azt –, és a következő esszé a feminizmus által keltett alkotmányos vitát kívánja megérteni. Az esszét először Rómában adtam elő 1991-ben egy konferencián, és később a Georgetown Law Journal *1992. augusztusi számában publikáltam.*

A feminizmus önmaga nem jogi kategória, ám az 1970-es évek elején egyes amerikai jogászok igencsak kezdtek érdeklődni iránta. E mozgalom résztvevői egyszerre tekintettek a jogra mint megreformálandó dologra, és mint a reform eszközére. Először az volt a fő cél, hogy a nők számára hozzáférhetővé tegyék a hagyományosan férfiak számára fenntartott pozíciókat, és hogy eltöröljék a nyilvánvaló különbségeket aközött, ahogy a férfiakkal, és ahogy a nőkkel bánt a társadalom. A mozgalom először a megkülönböztetést tiltó elvért szállt síkra, azt követelve, hogy a női és a férfi munkások ugyanazért a munkáért ugyanazt a bért kapják. A korai hetvenes évek az uniszex korszaka volt.

Két fontos változás történt az 1970-es évek végén, mindkettő nagyrészt Catharine MacKinnon nevéhez kötődik. Először is megváltozott az egyenlőség alapjául szolgáló elmélet: a megkülönböztetés elutasításából alávetettség-ellenesség lett. A hátrányos megkülönböztetés elutasításának elve feltételez egy helyzetet, melyben egy különálló döntéshozó szűkösen rendelkezésre álló lehetőséget oszt szét versengő egyének között. E döntés azt kívánja, hogy egy sor funkcionális alapon kiválasztott feltétel legyen a döntés alapja: érdemek, és nem a nemek különbsége. Ezzel ellentétben a MacKinnon által javasolt alávetettség-ellenes elv alapja a csoport volt. E megközelítés nem az egyének ellen elkövetett hátrányos megkülönböztetésekre figyelt, hanem bármely olyan társadalmi cselekvésre, mely nőket alávetettségbe taszít, és elítéli a nemek közötti hierarchiának nevezett jelenséget.

Bár az alávetettséget elutasító elv átfedésben van a hátrányos megkülönböztetés elvével, az előbbi nagyobb területre terjed ki, ugyanis megmutatja, hogy a nemek közötti különbségre alapított társadalmi hierarchia nem pusztán az egyén szintjén végbemenő, önkényes szelekciós folyamat eredménye. Számos, olykor egymástól igen távol eső társadalmi gyakorlat és norma felelős e hierarchiáért. Például a legtöbb társadalomban általában a nőktől várják el, hogy gondját viseljék a gyerekeknek, minek következtében a nők otthon maradnak, és így hátrányba kerülnek az oktatás területén és a munkaerőpiacon. Ez a társadalmi szokás nem vezethető vissza egy meghatározott döntéshozó hatalomra, és a megkülönböztetésellenes elv hatókörén kívül eshet, de az alávetettség-ellenes elvén nem; amelynek e szokás bírálata és az állami gyermekfelügyeleti és a szülői gyermekgondozási rendszerek elméleti alapjainak kidolgozása a feladata volt.

Másodszor, miközben az 1970-es évek végén az amerikai feminizmus alapkérdése a hátrányos megkülönböztetésellenességből az alávetettség-ellenesség lett, a jog egyre kitüntetettebb figyelemben kezdte részesíteni a szexualitást. Az 1970-es évek elején a feminista jogászok többnyire olyan közéleti ügyeket vizsgáltak, mint az egyetemi felvételi szabályok és az álláshoz jutás kérdései. Az évtized végére ugyanakkor kritikájukat egyre inkább a szexuális kapcsolatokra összpontosították. A fő probléma számukra a nők tárgyiasítása volt: a nők átváltoztatása férfihasználatra szánt szexuális tárgyakká. Jó és elégséges indok volt a tárgyiasítás fölötti aggodalomra önmagában, hogy az az alávetés egy formájaként értelmez-

hető, azonban az olyan feministák számára, mint MacKinnon, az efféle cselekvések nem korlátozódtak a magánszférára, hanem nyilvánosság-kérdésként is fontosak voltak. A tárgyiasítás, ahogy a hipotézis szólt, olyan társadalmi gyakorlatok és értékek létrehozatalára és fenntartására indítja a férfiakat, melyek kizárják a nőket a nyilvános közéletből, vagy alárendelt helyzetben tartják őket az oktatás és a munkaerőpiac területén.

A tárgyiasítással mint az egyenlőtlenség egy formájával és egyben okával kapcsolatos növekvő aggodalom még a legközönségesebb heteroszexuális kapcsolatra is a gyanú árnyékát vetette, de a MacKinnonhöz hasonló reformfeministák egy szűkebben meghatározott területre koncentráltak. MacKinnon célpontjai a munkahelyi szexuális zaklatás, a prostitúció, a nemi erőszak és a pornográfia voltak. E kérdések közül a pornográfia váltotta ki a legnagyobb vitát. Az általa és Andrea Dworkin[1] által kezdeményezett pornográfiaellenes kampány megosztotta a feminista mozgalmat, és sok szövetségesüket is megriasztotta.[2] A kampányt egyesek elvesztegetett erőfeszítésnek tartották, mások azon az alapon ellenezték, hogy a szexualitás új ortodoxiáját hozza létre, és megint csak mások – talán a többség – azért kifogásolták, mert ellentétesnek gondolták a szólásszabadsággal. 1985-ben egy szövetségi fellebbviteli bíróság a MacKinnon és Dworkin által szövegezett és Indianapolisban (Indiana államban) egy évvel korábban bevezetett általános pornográfiaellenes rendeletet alkotmányellenesnek ítélte.[3]

Az amerikai történelemben mindig is mindennaposak voltak a pornográfiaellenes kampányok. Ezek többsége konzervatív ideológián és vallásos érzületen alapult. Az indianapolisi rendelet abban különbözött e korábbi intézkedésektől, hogy annak kiindulópontja a feminista mozgalmat meghatározó egalitariánus eszme volt. Nem a szexuális tartalmak morálisan sértő jellegét hangsúlyozta e szabályozás, hanem azt, hogy a nők alávetettségének erotikus módon való megjelenítése milyen más jelenségekkel kapcsolódik össze, hogy e tartalmak milyen szexuális

---

[1] Lásd általában Andrea Dworkin – Catharine A. MacKinnon: *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality.* Organizing Against Pornography, 1988.; Catharine A. MacKinnon: *Only Words.* Harvard University Press, 1993.; Catharine A. MacKinnon: *Toward a Feminist Theory of the State.* Harvard University Press, 1989. [a továbbiakban: MacKinnon: Feminist Theory]; Catharine A. MacKinnon: Francis Biddle's Sister: Pornography, Civil Rights, and Speech. In: Catharine MacKinnon: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law.* Harvard University Press, 1987.

[2] Lásd például Alice Echols: The Taming of the Id: Feminist Sexual Politics, 1968–83. In: Carole S. Vance (szerk.): *Pleasure and Danger: exploring female sexuality.* Routledge & K. Paul, 1984. 50.; Ellen Willis: Feminism, Moralism, and Pornography. In: Ann Barr Snitow – Christine Stansell – Sharon Thompson: *Powers of Desire: The Politics of Sexuality.* Monthly Review Press, 1983. 460. Lásd még Nan D. Hunter – Sylvia A. Law: Brief Amici Curiae of Feminist Anti-Censorship Taskforce et al. American Booksellers Ass'n v. Hudnut, 21 *University of Michigan Journal of Law Reform* 69 (1987).

[3] *American Booksellers Ass'n v. Hudnut,* 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), megerősíti per curiam, 475, U.S. 1001 (1986).

támadásokat eredményeznek, és végül hogy milyen kényszerítő folyamatokkal jár e tartalmak előállítása és terjesztése. Dworkin és MacKinnon emberi jogi intézkedésként terjesztették elő ezt az indianapolisi rendeletet.

Mint emberi jogi intézkedés, az indianapolisi rendelet a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésre, illetve annak az egyenlőséget szavatoló rendelkezésére hivatkozik. A rendelet az egyenlőséget elősegíteni kívánó eszköznek tekinthető, és mint ilyen, alkotmányos célokat szolgál. Egyesek védelmükbe vették az indianapolisi rendeletet és más hasonló intézkedéseket pontosan ugyanezen indokolás alapján,[4] azonban ez az indokolás nem tűnt teljesen kielégítőnek. Nem tűnt úgy, hogy a javaslat fel tudta volna oldani a szokásos konfliktust a szabadság és az egyenlőség között, és nem volt egyértelmű, hogy melyik érték az erősebb ebben az esetben. Ha a rendelet elősegíti is az egyenlőséget, még sértheti az Első Alkotmánykiegészítést. Mindamellett képesek lehetünk arra, hogy fel tudjuk oldani e vitát anélkül, hogy az alapvető elvek – az Első kontra a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés, szabadság kontra egyenlőség – ellentétével kelljen foglalkozni, ha ehelyett egyszerűen egy másik kérdésre összpontosítunk: sértette-e valójában az indianapolisi rendelet a szólásszabadságot.

E kérdés megválaszolása során fontos, hogy ne ismételjük meg a fellebbviteli bíróság ítéletét megszövegező Easterbrook bíró eljárását. Ő a rendeletet egy egységet alkotó egészként kezelte, és utasította el a bíróság nevében. Valójában a rendelet körültekintő módon négy különböző törvénysértést állapít meg, és ezek mind-

[4] Lásd például MacKinnon: *Only Words.* Harvard University Press, 1993. 91–97.

[5] A 16–15 szakasz törvénybe ütközőnek minősíti a § 16–3(g) alatt felsorolt diszkriminatív gyakorlatokat, beleértve a alábbi, pornográfiával kapcsolatos jogsértéseket:

(4) Pornográfia terjesztése. Pornográfia előállítása, forgalmazása, közszemlére tétele, terjesztése. …

(5) Pornográf cselekedetre való kényszerítés: Bármely személy – beleértve a férfiakat [vagy] transznemű személyeket – kényszerítése, megfélemlítéssel vagy megtévesztéssel történő rábízása pornográf cselekedet végrehajtására, mely sérelem efféle cselekvést tartalmazó bármilyen termék megjelenése vagy forgalmazása időpontjában valósul meg. …

(6) Pornográfia rákényszerítése bármely személyre: Pornográfia rákényszerítése bármely nőre, férfira, gyermekre vagy transznemű személyre, munkavégzés bármely helyszínén, az oktatásban, otthon vagy nyilvános helyen.

(7) Pornográfia következtében megvalósuló támadás vagy fizikai erőszak: Meghatározott pornográf tartalom közvetlen hatásaként megvalósuló, bármely nőt, férfit, gyermeket, transznemű személyt érő támadás vagy fizikai erőszak vagy sérülés.

Indianapolis és Marion megye, Indiana állam, Városi és megyei rendelet No. 35 § 1, § 16–3 (1984. június 4.) (a továbbiakban: Indianapolis rendelete). A 16–26(d) paragrafus megengedi a az esélyegyenlőségi tanácsadó testületnek, hogy a cselekvést megszüntetendő felszólító határozatot hozzon minden olyan személlyel szemben, aki törvénytelen diszkriminatív cselekvést hajt végre, és hogy kártérítést állapítson meg azon személyek számára, akik a Törvénykönyv megszegése révén váltak diszkriminatív cselekvések áldozatává. A rendelet teljes szövege megtalálható: Dworkin – MacKinnon: *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality.* Organizing Against Pornography, 1988. 106.

egyikét külön kellett volna számba venni. Az egyik rendelkezés megtiltja, hogy bárki kényszer révén vegyen részt pornográf tartalmak előállításában; a második megtiltja, hogy bárki kényszer révén legyen pornográf tartalmak fogyasztója; a harmadik rendelkezik az olyan szexuális támadásokról, ahol az elkövetőt pornográf tartalom indította vagy motiválta a tett elkövetésére; a negyedik megtiltja a pornográf tartalmak terjesztését.[5] A jogérvényesítés módja mind a négy tényállás esetén azonos: nincsenek büntetőjogi szankciók, a jogkövetkezmény a kérdéses cselekvést megszüntető felszólítás és kártérítés kiszabása, melyet a közigazgatási szerv állapít meg, és amely lehet teljes bírósági felülvizsgálat tárgya. A rendelet egy erős, elhatárolásra vonatkozó rendelkezéssel[6] él, megállapítva, hogy a négy tényállás egyenként is, a másik három híján is megvalósulhat. A rendelet így önnön fogalmai szerint is elismeri, hogy a négy pont alá rendezett jogsértések eltérő Első Alkotmánykiegészítés-kérdéseket vetnek fel, könnyebbeket és nehezebbeket, és megítélésem szerint e különbségeket figyelembe kellett volna venni.

[6] Indianapolisi rendelet (5. lj.), § 8.

I.

A rendelet legkevésbé problémás rendelkezései azok, amelyek a pornográf cselekedetben való részvételre való kényszerítés és a pornográf mű kényszer következtében történő megtekintése ellen nyújtanak védelmet. Ezek azon a meggondoláson alapulnak, hogy előfordul, hogy nőket pornográfiában való részvételre kényszerítenek,[7] és hogy embereket arra kényszerítenek, hogy pornográfiát nézzenek. Az utóbbi, azt mondják, egy sor helyzetben megtörténik, kezdve a munkahelyi környezettől a meghitt otthonig.

E rendelkezések megítélését a korábbi fejezetekben már bemutatott eljárás segítségével kezdem, amely az Első Alkotmánykiegészítést a demokratikus önrendelkezés eszközének tartja. A szólásszabadság széles körű és szoros védelmet nyújt azoknak, akik beszélnek, írnak vagy másképp kommunikálnak a közvélemény felé, és e védelem nemcsak a szavaiknak szól, hanem az üzenetük előállításához és terjesztéséhez szükséges eszközöknek is. A szólás előállítására és terjesztésére szolgáló eszközök állami szabályozása közhelyszámba megy, de az Első Alkotmánykiegészítés megkívánja, hogy e szabályozások ne korlátozzák a közéleti vitákat, hacsak nem szolgálnak valamely kényszerítő érdekkel azt megindokolandó. Képzeljünk el például egy rendeletet, amely révén szigorúan központilag osztanák szét a politikai röpiratokhoz szükséges papírt,[8] vagy egy olyat, amely az utcai szórólapozást a szemetelés megelőzésére hivatkozva megtiltja.[9] Az ilyen intézkedések alkotmányellenesek lennének.

Nem fenyegetnek ugyanakkor hasonló veszélyekkel az indianapolisi rendelet „kényszerített részvétel" vagy „kierőszakolt nézés" tényállásait tiltó rendelkezései.

---

[7] E rendelkezés alapja Linda Marchiano élettörténete, aki Linda Lovelace néven játszotta a híres pornográf film, a *Mély torok* (Deep Throat) főszerepét. Linda Lovelace – Mike McGrady: *Ordeal.* Citadel Press, 1980. Lásd még MacKinnon: Linda's Life and Andrea's Work. In: *Feminism Unmodified* (1. lj.), 127–133.

[8] Vö.: *Grosjean v. American Press Co.,* 297 U.S. 233 (1936).

[9] Lásd: *Schneider v. State,* 308 U.S. 147, 162 (1939) – fenntartja, hogy a városi rendelet, amely az utca tisztán tartására hivatkozva megtiltja nyomtatványok osztogatását, sérti az Első Alkotmánykiegészítést. Újabb fejleményekkel kapcsolatban lásd jelen kötet 3. fejezetét: „Csend az utcasarkon".

Mint ahogy azt a példák mutatják, e rendelkezések a szólás előállítását és terjesztését korlátozzák, és e minőségükben hatnak a közbeszéd természetére, ám az állami hatalom alkalmazása mind a két esetben a „kényszerítés" és a „kierőszakoltság" körülményeire vonatkozik. E rendelkezések azt célozzák, hogy a pornográfiát ne kényszerített munka révén hozzák létre, és hogy a közönség, melynek bemutatják, önszántából nézze azt. A cselekvés megszüntetetésére felszólító határozatok és a felelősséget megállapító szabályok elrettentő hatása következtében az olyan szólás, amely megszegi e szabályokat, nem lesz a nyilvánosság része. Ám ez nem sajnálnivaló veszteség, mint ahogy a szabad szólás azon veszteségein se bánkódunk, amelyek plagizálásnak vagy a szerzői jogok megsértésének tulajdoníthatók. A „kierőszakolt nézés" és „kényszer hatására történő cselekvés" rendelkezései a cselekvő és a közönség szabadságát kívánják védeni, és így nem rombolják, hanem éppen, hogy védelmezik az Első Alkotmánykiegészítés értékeit.

Természetesen a „kényszer" és az „erőszak" viselkedhetnek gumifogalmakként, ami manipulációra adhat lehetőséget. Azonban e fogalmak mindenhol felbukkannak a jogban, legyen szó precedensjogról vagy törvénybe foglalt jogról, és semmi okunk e kérdéses kontextusban azok tisztességtelen alkalmazását feltételezni. Ahogy az mindig igaz, e körülmények pontosításra[10] és korlátozásra szorul-

---

[10] A rendelet tett egy gesztust ezen irányba a „kényszerített cselekvés" körülményeinek tisztázásával:

(A) A következő tények vagy körülmények bizonyítása nem képezheti védekezés alapját:

I. A szóbanforgó személy nő; vagy

II. A személy prostituált vagy az volt; vagy

III. A személy nagykorú; vagy

IV. A személy vér szerinti rokona vagy házastársa bárkinek, aki részt vett a pornográf tartalom létrehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

V. A személynek volt, vagy vélhetőleg volt szexuális kapcsolata bárkivel, aki részt vett a pornográf tartalom létrehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

VI. A személy korábban egyedül vagy bárkivel szexuális tartalmú képeken szerepelt beleértve bárkit, aki részt vett a pornográf tartalom létrehozásában vagy más módon volt köze ahhoz; vagy

VII. Bárki más, beleértve házastársat vagy más rokont, engedélyt adott a személy nevében; vagy

VIII. A személy beleegyezett abba, hogy a kérdéses cselekvést pornográfiává fogják alakítani; vagy

IX. A személy tudta, hogy a kérdéses cselekedetek és események pornográfia készítése céljából történtek; vagy

X. A személy nem tanúsított ellenállást vagy aktív közreműködést mutatott a fotózás során vagy a szexuális cselekmények során, melyből a pornográfia készült; vagy

XI. A személy aláírt egy szerződést vagy kifejezte beleegyezését a közreműködésre a pornográfia létrehozása céjából; vagy

XII. Semmilyen fizikai erőszak, fenyegetés vagy fegyver nem került alkalmazásra a pornográfia elkészítése során; vagy

XIII. A személy fizetésben vagy másmilyen kompenzációban részesült.

Indianapolisi rendelet (5. lj.), §§ 1, 16–3(g)(5).

nak, de Easterbrook bíró sosem adott esélyt a rendelet végrehajtásával megbízott állami intézményeknek, hogy szabályokat alakítsanak ki e korlátozáshoz. Teljes egészében érvénytelennek ítélte a rendeletet. E megelőző ítéletet Easterbrook bíró nem a „kényszer" vagy az „erőszak" fogalmak tágíthatóságával indokolta, hanem nyilvánvaló módon a szabályozás részrehajló jellegét kifogásolta: az irodalom vagy a művészet berkeiben a pornográfia vélhetőleg nem az egyetlen terület, ahol „kényszerített cselekvés" vagy „kierőszakolt megtekintés" fordul elő, mégis a törvényhozók kizárólag ezzel foglalkoztak.[11]

Kétségtelen, hogy a törvényhozás száműzhette volna a „kényszerített cselekvést" minden szexuálisan szókimondó tartalom létrehozásából vagy akár a művészet vagy irodalom mindenféle formájának létrehozásából, vagy megtilthatta volna bármely film vagy műalkotás „kierőszakolt megtekintését". Mégis, méltányolható oka volt úgy vélni, hogy e bűnök elég gyakoriak a tiltott típusú pornográfia létrehozása és terjesztése során ahhoz, hogy azonnal, és elkülönítve kezelje őket. Semmi önkényesség nincs ebben a részrehajlásban, és az az Első Alkotmánykiegészítés érdekében hat. A törvényhozásnak nem kell a szólás minden formáját megterhelnie akkor, ha csak meghatározott típusú szólásokhoz köthető károkat kíván orvosolni. Természetesen a törvényhozás szelektivitása révén a szókimondó szexualitást tartalmazó filmeket olyan szabályok fogják korlátozni, melyek nem kötik majd azokat a filmeket, amelyek kétségtelenül tartalmaznak ugyan „kényszerített cselekvést", például kínzást vagy erőszakot, de azt nem szexuális kontextusban teszik. Ez a fajta részrehajlás nem hasonlítható össze az olyan, más típusú részrehajlásokkal, amelyek az Első Alkotmánykiegészítéssel összefüggésben megengedhetetlenek lennének; például ha az állam egyes politikai jelölteket hátrányos helyzetbe hozna vagy egy másik elé helyezne. A választás esetében feltételezhetjük, hogy a szabályozásban történő részrehajlás indoka nem lehet más, mint az egyik jelölt előnyhöz juttatásának szándéka. Az indianapolisi rendelet esetében az állam a lehető legkisebb beavatkozással járó eljárás segítségével igyekszik védelmet nyújtani a kényszerítés ellen.

[11] *American Booksellers Ass'n v. Hudnut,* 771 F.2d 323 (7[th] Cir. 1985), megerősíti per curiam, 475, U.S. 1001 (1986).

II.

Hasonló megfontolások érvényesek – talán némileg kevesebb átütő erővel – a rendelet azon rendelkezéseivel kapcsolatban, amelyek olyan a pornográf tartalmakra vonatkoznak, amelyekről bizonyossá vált, hogy támadásokat vagy fizikai erőszakot idéztek elő. A rendelet ezen aspektusa valószínűleg olyan esetekben kerül elő, amelyekben egy bizarr szexuális bűncselekmény – például egy csoportos erőszak egy kocsmai biliárdasztalon – pontosan visszavezethető egy bizonyos cselekményre, melyet egy meghatározott pornográf tartalom ír le és eroticizál. Mint a rendelet által megnevezett összes többi törvénysértés, ez a rendelkezés is tilalom, amely kikényszeríthető a cselekvés megszüntetésére felszólítással és kártérítés kiszabásával egyaránt. A panaszosnak ekkor bizonyítania kell, hogy támadás érte, és hogy azt közvetlenül egy pornográf mű okozta. E bizonyítási folyamat során a panaszosnak kártérítési követelést kell tennie. A felelősség megállapítását követően megszüntető felszólítás adható ki, de a kártérítés megállapítása és további követelések kilátása hatásosan térítené el a publikáció terjesztésétől annak kiadóját, és így a megszüntető felszólítás okafogyottá vagy csekély fontosságúvá válna.

Első látásra úgy tűnhet, hogy a rendelet e rendelkezése összhangban van az Első Alkotmánykiegészítéssel, azon meggondolásra alapozva, amely a támadást okozó kiadványokra erőszakra való uszításként tekint. Az Első Alkotmánykiegészítés doktrínája lehetővé teszi az állam számára, hogy a zavargás résztvevőit és a zavargásra uszító személyt egyaránt megbüntesse. Ez az elmélet ugyanakkor okoz némi fejfájást, mivel sosem lehetünk biztosak abban, hogy mely megnyilatkozások valósítanak meg uszítást. Tarthatunk attól, hogy ha valakit felelősségre vonunk bizonyíthatóan uszító beszédért, akkor ezzel másokat elriaszthatunk az olyan beszédtől, amely nem valósítana meg uszítást, és mint ilyet, nem szabadna elbátortalanítani. Az ilyen dermesztő hatás *(chilling effect)* veszélye – annak elriasztása, amit nem szabadna elriasztani – kézzel fogható, amikor a beszélőt büntetőeljárás fenyegeti, de akkor is, amikor felmerül annak kockázata, hogy beszéde miatt kártérítésre kötelezhetik. Megjegyzendő, hogy a rágalmazási ügyek területén elismerjük, hogy a jó hírnévben a hamis állítás révén előálló károkozást kompenzáló kártérítés dermesztőleg hathat a sajtóra, vagy elriaszthatja attól, hogy fontos és

helytálló beszámolókat, kommentárokat tegyen közzé.[12] Hasonlóképpen, jó okunk lehet attól tartani, hogy ha egy nemi erőszak vagy egy támadás áldozata kártérítésben részesül azon magazin vagy film kiadójától, amely a szexuális erőszakhoz vezetett, akkor ez vészesen dermesztőleg hatna mindenfajta publikáció vagy film létrehozására, melyek közül sok pedig alapvető lehet a fontos közéleti kérdések nyílt és szabad megvitatásához.

E dermesztő hatás kockázata nem lebecsülendő. Ugyanakkor más jogterületeken megtanultunk együtt élni vele, például a rágalmazási ügyekben elismerjük, hogy egymással szemben álló értékek összeütközése esetén a dermesztő hatás az ár, amelyet fizetnünk kell. Hasonló megközelítés lenne kívánatos jelen esetben is. A Legfelső Bíróság a rágalmazási törvények lehetséges dermesztő hatására nem azzal válaszolt, hogy az Első Alkotmánykiegészítést egy kivételt nem engedő általános tilalomnak tekintette az efféle törvényekkel szemben, hanem ennél körültekintőbben járt el. Először is kizárta a büntetőjogi következményeket közhivatalt betöltő személy ellen elkövetett rágalmazás esetében.[13] Másodszor, a Legfelső Bíróság a kártérítési kereseteket meghatározott feltételekhez kötötte, például azáltal, hogy a kereset benyújtójától annak bizonyítását követelte meg, hogy a beszélő tudta vagy tudnia kellett volna, hogy amit állít, az nem igaz.[14] Az Indianapolisi rendelet által megállapított felelősségre vonási rendszer hasonló szellemben igyekszik a lehető legnagyobb mértékben csökkenteni a dermesztő hatás kockázatát. Nincs büntetőjogi felelősség, csupán a kártérítés iránti kereset benyújtásának joga, és a kártérítést követelő személynek bizonyítania kell, hogy (1) az erőszak és a pornográfia között „közvetlen" oksági viszony áll fenn; (2) az erőszak egy meghatározott „specifikus" pornográf alkotáshoz köthető; és hogy (3) az alperes tudta vagy tudnia kellett volna, hogy a szóban forgó mű megfelel a pornográfia törvényi meghatározásában foglaltaknak.[15]

Nyilvánvaló, hogy az indianapolisi város tanács tehetett volna többet is a dermesztő hatás minimalizálásáért. Például a felperest terhelő bizonyítási kényszer szintjét a polgári jogi esetekben szokásos „valószínűsíthetően bizonyíthatóról" a nehezebben kimutatható, „egyértelmű és meggyőző" szintjére emelhette volna az erőszak és a pornográfia között fennálló közvetlen ok-okozati összefüggés bizonyításakor. Vagy megkövetelhette volna annak bizonyítását, hogy az alperes szándéka vagy akarata támadás előidézésére irányult, vagy hogy gondatlanul járt el, érdektelenséget mutatott aziránt, hogy magatartása alkalmas ilyen következmény előidé-

[12] Lásd *New York Times v. Sullivan,* 376 U.S. 254, 279 (1964) – a kormány kritikusait megriasztaná a szabály, amely bármely hamis állítást rágalmazásnak minősítene.

[13] Uo. 273.

[14] Uo. 279–280.

[15] Indianapolisi rendelet (5. lj.), §§ 1 16–3(g)(7)–(8).

zésére. Az életbe léptetett rendelet megköveteli annak vizsgálatát, hogy a kártérítés céljából perelt fél az elkövetéskor tudott-e róla, hogy az illető mű a törvény szerint pornográfiának minősül, nem kívánja azonban az alperes szándéka vagy vágya és a szexuális erőszak közötti kapcsolat bizonyítását. Az uszítás analógiája sugallhat ugyan ilyen kapcsolatot, de az uszítás kontextusában e kapcsolat a büntetőjogban jelen lévő szándékosság követelményéből származik; polgári eljárásban nincs ilyen követelmény, és az Első Alkotmánykiegészítés sem kíván ilyet.

Annak megítélése, hogy szükség van-e ezekre a kiegészítő biztosítékokra, egy aprólékos elemzés eredményétől függ, melyben a szexuális erőszak megelőzésének kívánalmát a dermesztő hatás kockázatával állítjuk szembe. Amint a „kényszerítés" vagy „ráerőszakolás" kifejezések használatát korlátozó szabályok mutatják, az ilyen biztosítékokat a rendelet életbe lépését követően az egyes esetek kontextusában kellett volna kialakítani. Azonban ismét leszögezzük: Easterbrook bírónak nem volt türelme, hogy ezt kivárja: azzal, hogy a rendeletet annak hatálybalépése előtt megsemmisítette, megfosztotta a bíróságokat a rágalmazási esetekben eredményesen használt módszertől, miszerint ütköző elvek esetén további biztosítékokat kérnek az intézkedés érvényesítésének folyamata során. A rendelet felelősségre vonási rendszerét önmagában elvetette, felróva, hogy a rendelet alapjául szolgáló pornográfiadefiníció csak azon művek ellen tette lehetővé a fellépést, amelyek a nőkre egy meghatározott szemlélettel, nevezetesen a férfiak által használt szexuális tárgyakként tekintenek.[16] A rendelet a „nők szexuálisan nyílt alávetéseként" definiálta a pornográfiát,[17] és felelősségre vonási rendszere azokra az esetekre korlátozódott, amelyek megtestesítették vagy alátámasztották a fenti képet a nőkről. Easterbrook bíró ezt a nézőpontok közötti megengedhetetlen diszkriminációnak ítélte.[18]

Mint minden törvény, az indianapolisi rendelet is érvényre juttat egy bizonyos meggyőződést, mégpedig azt, hogy a nőket nem szabad alávetettségbe taszítani, illetve hogy nem szabad, hogy fizikai erőszak áldozatai legyenek. A rendelet felhívja a figyelmet az olyan filmekre és más munkákra, amelyek a nőket védő elgondolásokkal szembeni támadásokal kapcsolatos elszámoltathatóság elvével szemben testesítenek meg vagy fogalmaznak meg nézeteket. Csakúgy, mint a „kényszerített cselekvés" vagy a „ráerőszakolt megtekintés" rendelkezések esetében, az irodalom vagy a művészet egy meghatározott formája – amelyik nyíltan szexuális és alárendeli a nőket – szankciókra számíthat, míg más formák nem. Például a rendelet felelősségre vonási rendszere nem intézkedik olyan esetekkel kapcsolatban, amelyek más csoportok (pl. feketék vagy zsidók) tekintetében fizikai erőszakhoz vezetnek,

[16] *American Booksellers Ass'n,* 771 F.2d 325.

[17] Lásd 22. lj. – a pornográfia törvényi meghatározása.

[18] *American Booksellers Ass'n,* 771 F.2d 325.

vagy az alávetettség más formáját népszerűsítik, függetlenül attól, hogy e munkák szexuálisan szókimondóak-e. Hasonlóképp nem vonatkozik a felelősségre vonási rendszer azon esetekre sem, amelyek olyan nyílt szexualitást tartalmazó alkotások következtében történnek, amelyek magasztalják a nők hatalmát, vagy a nőket egyenlőnek tekintik.

Ugyanakkor a felelősségre vonási rendszer e korlátai nem tűnnek végzetesnek számomra. A törvényhozók joggal feltételezhették, hogy a filmek vagy magazinok hatására elkövetett támadások sokkal nagyobb eséllyel érnek nőket, mint más csoportokat. Más hátrányos helyzetű csoportok a manapság eufemisztikusan „gyűlöletbeszédnek" nevezett jelenség elszenvedői lehetnek, de ők nincsenek olyan mértékű nyilvánosságnak kitéve, mint amit a pornóipar generál.[19] Sőt, az olyan szexuálisan szókimondó munkák kapcsán, amelyek a nőket egyenlőként mutatják meg, a törvényhozás nyilvánvalóan jogosan foglalt el olyan álláspontot, amely szerint az efféle munkák által kiváltott fizikai erőszak jóval ritkább, mint az olyan munkák esetében, amelyek a nőket alávetett módon ábrázolják, és amely szerint ez nem kíván szabályozást.

Ezek azok a döntések, amelyeket a jogalkotók nap mint nap meghoznak, és nehéz felfogni, hogy az Első Alkotmánykiegészítés ez esetben miért akadályozza meg őket abban, hogy ezúttal is hasonlóképp tegyenek. Az indianapolisi városi tanács létrehozhatott volna egy olyan felelősségre vonási rendszert, mely minden film vagy magazin által kiváltott fizikai támadás esetére érvényes lett volna; ebben a vonatkozásban a rágalmazásért vagy erőszakra való uszításért megállapított felelősség analógiája erősebb lenne. Ám egy ilyen totális szabályozást megvalósító rendszer kívánalma nem szolgálná az Első Alkotmánykiegészítést, minthogy tekintélyes mértékben növelné a dermesztő hatást. Ebben a vonatkozásban a szabályozás részrehajló természete inkább támogatja az Első Alkotmánykiegészítést, mintsem hogy aláásná azt. A szabályozás a részrehajlás miatt némíthat valamenynyit a közéleti vitákon, mivel emelheti egy bizonyos típusú művészeti megnyilvánulás kockázatait. Azonban a demokratikus folyamatot csupán csekély mértékben torzítaná el, ha hátrányt szenvedne egy, csakis egy meghatározott művészeti forma, amely erőszakos cselekményeket elszenvedő áldozatokat eredményezhet, miközben maga a demokratikus folyamat csupán szűkre mért védelmet tud nyújtani a nőknek súlyos sérelmeikkel szemben.

Az Első Alkotmánykiegészítés másik ágában, amely a nyilvános fórumokat szabályozza, a Legfelső Bíróság kidolgozott egy olyan ítéletanyagot, mely elítéli a

[19] Lásd például Dworkin–MacKinnon (i.m. 1. lj.) 15–16. és 24–30. – A szexizmus a hátrányos megkülönböztetés más formáinál elterjedtebb, mert a pornográfia a történelem során végig egyenlőtlen szerepeket határozott meg a nők számára. MacKinnon: Francis Biddle's Sister (i.m. 1. lj.), 163–97.; Dolf Zillman – Jennings Bryant (szerk.): *Pornography: Research, Advances and Policy Considerations.* New York, Academic, 1989.

vélemény alapján történő diszkriminációt, és amelyről vélhetjük, hogy támogatja Easterbrook bíró álláspontját.[20] Képzeljünk el egy utcasarkot, ahol két beszélő szónokol; az egyik egy háború mellett, a másik ellene. A szóban forgó döntések megfosztják az államot attól a hatalomtól, hogy diszkrimináljon vagy válasszon a beszélők közül – hogy letartóztassa az egyiket, míg a másikat békén hagyja. A vélemény alapján történő diszkrimináció elleni elv könnyen megérthető az említett képzelt esetben, ám az elv korlátozottan alkalmazható az indianapolisi város tanács által életbe léptetett felelősségre vonási rendszerre.

Először is megjegyzendő, hogy a véleménnyel szembeni diszkrimináció tiltása, mint minden diszkriminációellenes intézkedés, nem tiltja a megkülönböztetés minden formáját, csupán az indokolatlanokat. Az állam nem választhatja ki az utcasarki szónokok közül az egyiket azon az alapon, hogy bizonyos véleményeket szeret hallani, míg másokat nem. E döntés a közéleti vitát megengedhetetlen mértékben torzítaná. Ám azon az alapon letartóztathatja a beszélők egyikét, hogy az illető zavargásra uszít. Hasonlóképp, az indianapolisi rendelet által alkotott felelősségre vonási rendszer megkülönböztet két, szexuális alkotások által is kifejezésre juttatható véleményt – a nők mint egyenlők kontra a nők mint alávetettek – és a preferencia a kettő között azon alapulhat, hogy az egyik nagyobb valószínűséggel idéz elő fizikai erőszakot, mint a másik. Meggyőző bizonyíték sugallja, hogy a városi tanács tagjai ezen indokolás alapján korlátozták a felelősségre vonási rendszert úgy, ahogy azt tették,[21] ám szándékuk nem a korlátozás volt. Amikor a rendőr letartóztatja az utcai szónokok egyikét, tette megítéléséhez nem azt kell tudnunk, hogy milyen meggondolás alapján választott a két beszélő közül, hanem hogy létezik-e olyan független objektív alap, ami alapján választani lehet közülük.

[20] Lásd például *Police Dep't of Chicago v. Mosley,* 408 U.S. 92, 95;96 (1972) – érvényteleníti Chicago rendeletét, amely minden demonstrációt tiltott az iskolák közelében, kivéve a szakszervezet által szervezetteket, azon az alapon, hogy a városnak nem fűződött kényszerítő érdeke a munkával kapcsolatos demonstrációk előnyben részesítéséhez.

[21] Az indianapolisi városi tanács úgy fogalmazott:

„A pornográfia a nemi alapon történő diszkrimináció gyakorlata, amely tagadja a nők egyenlő lehetőségeit a társadalomban. A pornográfia központi szerepet játszik a nemi hovatartozás alapján történő diszkrimináció létrejöttében és fenntartásában.

A pornográfia kizsákmányolás és alávetés rendszerszerű gyakorlata, amely a nők különböző módokon történő bántalmazásával járó szex.

A vakbuzgóság és megvetés, amelyet gerjeszt és az agresszió, melyet táplál, aláássák a nők lehetőségeit a jogegyenlőséghez a munkavégzés, az oktatás, állami vagy önkormányzati lakáshoz való jutás, illetve annak használata, és az ingatlanhoz jutás területén; hasonlóképp, gerjesztik a szexuális erőszakot, a családon belüli erőszakot, gyerekmolesztálást, gyermekrablást és prostitúciót, és gyengítik a törvényi védelmet ezen cselekedetek ellen; továbbá jelentős mértékben hozzájárulnak ahhoz, hogy a nők állampolgári jogaikat és a közéleti részvételt ne gyakorolhassák teljes körűen, beleértve a helyi közösséget is."

Indianapolisi rendelet (5. lj.), §§ 1 16–1(a)(2).

Ebben az esetben a vizsgálat helyes tárgya az, hogy lehet-e választani a két beszélő közül azon az alapon, hogy az egyik szexuális erőszak előidézője lehet; egy olyan veszélyeztetésé, amelyet az állam legitim módon előzhet meg.

A nyilvános fórum esetei nem csupán megengedik az államnak, hogy válasszon különböző beszélők közül – feltéve, hogy a megkülönböztetés nem az előadott eszmék érdemein alapul – hanem tanúsítják is az Első Alkotmánykiegészítés azon általános elvét, mely megengedi a beszédet elhallgattató vagy elbátortalanító állami szabályok létét. Mint ezek az esetek jelzik, az Első Alkotmánykiegészítés nem a beszélő körüli áthatolhatatlan pajzsként teszi a dolgát, még a nyilvános fórumon beszélő esetében sem, hanem arra kényszeríti az államot, hogy viselje egy különösen sürgős és súlyos – kényszerítő – érdek megfogalmazásának terhét minden olyan szabályozás esetén, melynek a következménye dermesztő hatás lehet. A járókelők bosszankodása nem elegendő ok az igazoláshoz, de egy zavargás megelőzése igen. Az indianapolisi felelősségre vonási rendszernek lett volna a szabad szólást csendesítő következménye, azonban Indianapolisnak kényszerítő érdeke fűződik a szexuális támadások elrettentéséhez és az áldozatok kártérítésben részesítéséhez. Indianapolis hajlandó lett volna csak azokat az egyéneket felelőssé tenni, akik személyesen részt vettek a fizikai támadásban, ám jelentős előnyök – nyilvánvalóan kényszerítő előnyök – fűződnek ahhoz, hogy korábbra tekintsenek vissza az okozatossági láncban. A legfontosabb, hogy ha így tesznek, kevésbé lesz valószínű, hogy a támadás valaha megtörténik; dupla biztosítékként működik, és a kár megtérítésének kilátásai is valószerűbbek.

III.

Ezek után az indianapolisi rendelet terjesztéssel kapcsolatos intézkedését kell még megítélni, mely kérdést azért hagytam utoljára, mert ez az intézkedés jelenti a legnagyobb kihívást a szólásszabadság számára. Ellentétben a „fizikai támadásra" vonatkozó rendelkezéssel, ezen eljárás nem a közzétett publikáció következményeit veszi szemügyre, és a „kényszerített cselekvés" vagy a „kierőszakolt megtekintés" rendelkezésekkel szemben jelen esetben nemcsak azokra a kiadványokra vonatkozik, amelyek létrehozása és terjesztése kényszer révén történik, hanem a rendelkezés meg kívánja szüntetni az ilyen kiadványok bármiféle előállítását vagy terjesztését. A kiadvány létrehozása és terjesztése önmagában megvalósítja a törvénysértést, nem csupán az általa okozott következmények, vagy az előállítás vagy terjesztés során alkalmazott kényszer folytán, és ebből kifolyólag a rendelet ezen rendelkezése áll leginkább szemben az Első Alkotmánykiegészítéssel.

E szembenállást maga a rendelet is elismeri. A rendelet a pornográfiát általában úgy határozza meg, mint „nők durva, szexuálisan nyílt alávetése", és az ilyen tartalom hat különböző kategóriáját azonosítja.[22] Az olyan törvénysértések, mint a

[22] A teljes dokumentum ezt tartalmazza:

A pornográfia a nők nyílt és durva szexuális alávetését jelenti, legyen az kép vagy szó, mely egy vagy több elemet tartalmaz az alábbiak közül:

(1) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akik élvezik a fájdalmat és a megaláztatást; vagy

(2) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akiknek szexuális élvezethezben van részük, ha megerőszakolják őket; vagy

(3) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja, akiket megkötöznek, összevagdosnak, megcsonkítanak, megsebeznek, fizikailag bántalmaznak, feldarabolnak, szétvágnak vagy felaprítanak; vagy

(4) A nőket úgy ábrázolja, hogy tárgyak vagy állatok beléjük hatolnak; vagy

(5) A nőket a lealacsonyítás, megsebesítés, molesztálás, kínzás forgatókönyvei szerint ábrázolja, emellett szennyel borítva, alárendeltségben, vérezve, kék-zöldre verve, bántalmazva jelennek meg úgy, hogy e kontextusok a szexualitáshoz kapcsolódnak; vagy

(6) A nőket szexuális tárgyakként ábrázolja uralkodás, meghódítás, erőszak, kizsákmányolás, birtoklás vagy használat céljából, vagy szolgaságot, alávetettséget vagy kitárulákozást megvalósító helyzetekben és testtartásokban.

Indianapolisi rendelet (5. lj.), §§ 1 16–3(q).

„fizikai támadás", „kényszerített cselekvés" vagy „kierőszakolt megtekintés" kapcsolódhatnak bármelyikhez e hat kategória közül, beleértve az utolsót, ami a *Playboy-* vagy a *Penthouse*-féle szoftpornó: ez „a nőket az uralkodás, meghódítás, erőszaktevés, kizsákmányolás, birtoklás vagy használat céljából, a szolgaság, alávetettség vagy kitárulkozás pozícióiban, szexuális tárgyakként ábrázolja."[23] Ezen utolsó kategóriára ugyanakkor nem vonatkozik a terjesztés tilalma. E rendelkezés csak a pornográfia leginkább erőszakos és brutális formáira alkalmazható, melyet a többi öt kategória valósít meg. A 2. kategóriába például olyan tartalmak tartoznak, amelyek a nőket „olyan szexuális tárgyakként ábrázolják, akiknek szexuális örömöt okoz, ha megerőszakolják őket".[24] A 3. kategória olyan tartalmakat takar, amelyekben az ábrázolt nőket „mint szexuális tárgyakat összekötözik, összevagdalják vagy megcsonkítják".[25]

A terjesztéssel történő törvénysértés ilyetén korlátozása – a szoftpornó kivétele a rendelkezés érvénye alól – csökkenti a rendelet hatásosságát. Mint azt említettem, a feministák nem azért támadják a pornográfiát, mert az megbotránkoztató vagy illetlen, hanem mert fenntartja a nők alávetettségét. Az efféle szabályozás alapjául szolgáló elképzelés szerint a pornográfia révén a férfiakban erős kapcsolat alakul ki a szexuális izgalom és a női alávetettség között, és ily módon a pornográfia létrehozza és újratermeli a női egyenjogúság útjában álló, a férfi szexuális identitásában gyökerező akadályokat.[26] Felmerül a kérdés, legalábbis bennem, hogy a pornográfiaellenes kampányban az ilyen tartalmak nem kapnak-e a valóságoshoz képest eltúlzott szerepet, mint a férfiak szocializációs folyamatát és szexuális identitásuk létrejöttét alapvetően meghatározó tényezők, és e kétségek csak nőnek, ahogy e támadás a pornográfia extrémebb formáira összpontosul. Érzésem szerint e brutális magazinok vagy filmek, amelyekre a terjesztést tiltó szabályok vonatkoznak, elhanyagolható szerepet játszanak kultúránkban, a legtöbb férfi szocializációjában vagy az identitásuk kialakulásában.[27] Ez nem jelenti, hogy e tilalom nem jogos, hanem, hogy jogos voltának igazolása jóval finomabb terminusok szerint történik annál, mint ahogy az elsőre tűnne. Szorítsd vissza a pornográfia brutálisabb és megbotránkoztatóbb formáit, ezáltal majd csökken a kereslet a pornográfia mint műfaj iránt, de még a szoft változat iránt is, és ez majd újradefiniálja azt a szabályt, hogy minek a büntetése megengedett.

---

[23] Uo.
[24] Uo.
[25] Uo.
[26] Lásd MacKinnon: Francis Biddle's Sister (1. lj.) 172. „Amit a pornográfia *tesz*, az túl van annak tartalmán: eroticizálja a hierarchiát és szexualizálja az egyenlőtlenséget. (...) Intézményesíti a férfi felsőbbrendűség szexualitását." Lásd még Andrea Dworkin: *Pornography: Men Possessing Women.* Women's Press, 1981. 241. – a pornográfia fő témája a férfiak hatalma a nők fölött.
[27] Lásd általában Steven G. Grey: The Apologetics of Suppression: The Regulation of Pornography as Act and Idea. 86 *Michigan Law Review* 1564, 1606–07 (1988).

Míg a terjesztés korlátozásának szűkítése csökkenti annak valószínűsíthető hozzájárulását az egyenlőség eléréséhez, egyben az Első Alkotmánykiegészítésre hivatkozó ellenérv erejét is csökkenti. A megfelelő kérdés úgy hangzik, hogy az Első Alkotmánykiegészítés védi-e az olyan nyíltan szexuális tartalmak előállítását és terjesztését, amelyek a nőket tárgyként ábrázolják, akik például szexuálisan élvezik, ha megerőszakolják őket. Az efféle tartalmak aligha tűnnek kulcsfontosságúnak a demokratikus közbeszéd számára, és igazából az obszcenitás egy olyan tágabb kategóriája alá esnek, amit a Legfelső Bíróság rendszeresen korlátozni enged. Easterbook bíró megjegyezte véleményében, hogy a rendelet által használt pornográfiadefiníció nem felelt meg a Legfelső Bíróság által a *Miller v. California*[28] esetben alkalmazottnak, amely meghatározza az obszcenitáscenzúra külső határait. Az eset definíciója szerint pornográf az a kiadvány, amely (1) szex iránti érzéki érdeklődés kielégítésére szolgál, (2) a szexuális tevékenységet egyértelműen megbotránkoztató módon mutatja be, (3) és nélkülöz bármely komoly társadalmi, esztétikai vagy politikai értéket.[29] Easterbrook bíró teljességgel helyesen jegyezte meg, hogy az indianapolisi rendelet nem használta a *Miller*-formulát a tiltott publikáció definíciójához. Azonban vele ellentétben én nem gondolom, hogy e hiány igazolta döntését abban a tekintetben, hogy előzetesen (a hatályba lépés előtt) érvénytelenítette a terjesztést tiltó rendelkezést.

Először is a *Miller* alkotmányos obszcenitásdefinícióját a Legfelső Bíróság eseti alapon használta annak meghatározásához, hogy indokolt-e az adott, egyedi büntetőeljárás, vagy az adott esetben a felügyeleti és gyámsági jogok felfüggesztése. Nincs olyan szabály, amely megkívánná, hogy a tagállami törvényeknek vagy a helyi rendeleteknek a *Miller*-definíciót teljes terjedelmében tartalmazniuk kellene. Igazából a Legfelső Bíróság elé kerülő állami vagy helyhatósági obszcenitás-rendeletek zöme semmilyen obszcenitásdefinícióval nem élt, és a Legfelső Bíróság nem érvénytelenítette ezeket az intézkedéseket e hiányra hivatkozva. Még ha a rendelkezést a *Miller*-tesztben foglaltaknál szigorúbbnak is találta, akkor is helyben hagyta az intézkedést, csupán alkalmazhatóságának fókuszát csökkentette. A Legfelső Bíróság 1966-ban érvénytelenítette például Massachusetts kísérletét a *Fanny Hill* című könyv cenzúrázására nézve, és tette ezt azon az alapon, hogy az intézkedés nem tartalmazta az obszcenitás alkotmányos definíciójának egyik elemét; magát az állami rendeletet azonban nem érvénytelenítette a testület.[30] Hasonlóan kellett volna eljárni az indianapolisi rendelet esetében is: a Bíróság vár-

---

[28] 413 U.S. 15 (1973).
[29] Uo. 24.
[30] *A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Massachusetts,* 383 U.S. 413 (1966).

hatott volna, hogy a betiltott művek megfelelnek-e az obszcenitás alkotmányosan meghatározott kategóriájának. Nehéz elképzelni azt a művet, mely megsérti a terjesztést tiltó rendelkezést, és amely ne lenne egyértelműen megbotránkoztató vagy ne az érzéki vágy felkeltését szolgálná, és bár a rendelet nem korlátozta önmagát, a bíró várhatott volna, mint azt a Legfelső Bíróság tette a *Fanny Hill* esetben, hogy kiderüljön, a szóban forgó mű rendelkezik-e komoly politikai vagy esztétikai értékekkel.

Sőt mi több, egy új törvényhozási program során, mint amilyen az indianapolisi rendelet is, nem volt szükséges azt feltételezni, hogy a Legfelső Bíróság legfrissebb obszcenitástesztje – az úgynevezett *Miller*-teszt – a cenzúrázható, nyílt szexualitást tartalmazó művek egyetlen lehetséges tesztje volna. Jelen pillanatban a *Miller*-teszt irányadónak számít, azonban igazság szerint ez egy viszonylag új konstrukció. A Legfelső Bíróság először 1957-ben[31] alkotott obszcenitásdefiníciót, mely tovább alakult az 1960-as években,[32] és ismételten újrafogalmazták azt a *Miller*-esetben 1973-ban.[33] A *Miller*-definíció csupán fényezés az Első Alkotmánykiegészítésen, mely a következő három különböző megfontolást igyekszik ötvözni: (1) az obszcenitás által a társadalmi normákra és a fizikai közérzetre gyakorolt veszély elismerése; (2) az Első Alkotmánykiegészítés eredeti szándéka iránti tisztelet kifejezése, azon az alapon, hogy az alkotmányozó Alapítók Atyák* nem gondolták, hogy a „szólásszabadság" védelme azt jelenti, hogy obszcén publikációk szabadon terjeszthetők; és (3) a közbeszéd kiterjesztése iránti elkötelezettség, mint a demokrácia értékeinek gyarapítása. A *Miller*-definíció tekinthető ezen eltérő megfontolásokat értelmesen összegző eljárásnak, ám nincs okunk azt gondolni, hogy ez az egyedül lehetséges összegzés, vagy hogy a tesztnek ki kellene zárnia más erőfeszítéseket. Igazából a Legfelső Bíróság maga is alakított a szabad szólást szabályozni kívánó állami hatalmat alkotmányosan megkötő konstrukción, amikor gyerekek[34] számára készített, nyíltan szexuális tartalmakról vagy amikor

* Az Egyesült Államok politikai berendezkedését és alkotmányát megalkotó politikusok. *A ford.*

[31] *Roth v. United States,* 354 U.S. 476, 487–89 (1957).

[32] Lásd például *A Book named „John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure"*, 383 U.S. 420–21. – fenntartja, hogy egy egyébként társadalmi értékkel bíró könyv terjesztését nem védi az alkotmány, ha a könyv forgalmazója kizárólag a szexuális tartalmat emeli ki; *Mishkin v. New York,* 383 U.S. 502 (1966) – fenntartja, hogy az érvényes obszcenitásteszt vágykeltő jelleggel kapcsolatos kitételét a megcélzott közönség érdeklődésének kontextusában kell vizsgálni.

[33] Az amerikai jog ezen ágával kapcsolatban lásd Harry KALVEN, Jr.: *A Worthy Tradition: Freedom of Speech in America.* Harper & Row, 1988. 33–53. Elemzi az obszecenitással kapcsolatos bíráskodás evolúcióját.

[34] Lásd *Ginsberg v. New York,* 390 U.S. 629, 623–38 (1968) – fenntartja, hogy annak elbírálása, hogy egy kiskorúaknak szánt publikáció pornográfia-e vagy sem, a kiskorúak érzéki fogalmai szerint kell hogy történjen, nem a felnőttekéi szerint; *New York v. Ferber,* 458 U.S. 747, 756 (1982) – fenntartja, hogy gyermekeket ábrázoló szexuális képek esetében nincs szükség a Miller-tesztre.

köztulajdonban álló frekvencián bemutatott tartalmakról ítélkezett.[35] Az indianapolisi rendelet egy más típusú újragondolást testesít meg ismét csak egy fontos cél, a szexuális egyenlőség érdekében.

Az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezéseit bírálva Easterbrook bíró ismét panaszt fogalmazott meg, ezúttal nem csak azért, mert a rendelet pornográfiadefiníciója nem tükrözte a *Miller*-tesztben foglaltakat, hanem mert egy meghatározott nézőpont korlátozását valósította meg:[36] a pornográfiát nem egyszerűen a nyílt szexualitás jelentette, hanem az magában foglalta a női alávetettséget is; például nők oly módon történő ábrázolásával, miszerint nekik mint szexuális tárgyaknak szexuális örömöt nyújt, ha megerőszakolják, megkötözik vagy megcsonkítják őket. Az olyan alkotás, amely nyílt szexualitást tartalmaz, ám elutasítja az efféle horrorisztikus elemeket, nem tartozik ezen meghatározás alá. Bár az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezése bizonyos szempontból valóban egy nézőpont korlátozását valósította meg, e megfontolásnak nem kellett volna kizárnia a rendelkezés alkotmányos alkalmazásának lehetőségét a *Miller*-tesztnek egyébként megfelelő esetekben.

Minden obszcenitást tiltó rendelet valamely távolabbi célt is szolgálni kíván – például a szexuális magatartással kapcsolatos megfelelő hozzáállás, vagy a közszemlére tehető szexuális tevékenységek körének meghatározása ügyében –, és mint ilyeneket, működni engedik őket, dacára a nézőpont alapján történő diszkrimináció tilalmának; mivel e célok nem a pornográfia által megjelenített szemlélettel ütköznek, hanem a terjesztett publikáció által olykor a társadalmi normákban és értékekben okozott káron alapulnak. A legtöbb hagyományos obszcenitásrendelet nem nézőpont-specifikus, ám képzeljünk csak egy olyan obszcenitásrendeletet, amely olyan nyíltan szexuális tartalmú filmekre vonatkozna, amelyek a szodómiát eroticizálják és mutatják be rendkívül élvezetes szexuális cselekvési formaként. Feltehetőleg e rendelet nézőpont-specifikussága nem jelentené akadályát annak, hogy alkalmazni lehessen olyan filmekre, amelyek amúgy megfelelnek a *Miller*-tesztnek. A filmet be lehet tiltani, ha célja szexuális izgalomkeltés vagy másképpen megbotránkoztató, és ha nem tartalmaz komoly esztétikai vagy politikai értéket. Hasonlóan a tény, hogy az indianapolisi rendelet a törvénysértés határát egy meghatározott nézőpont szerint jelöli ki, jelesül, hogy helytelen a nőket az erőszakot élvező, szexuális tárgyakként ábrázolni, nem helyezi a rendeletet azon az alkotmányos rendszeren kívül, amelyet a Legfelső Bíróság az obszcenitás szabályozására alkotott.[37]

[35] *Federal Communications Comm'n v. Pacifica Found.,* 438 U.S. 726, 748–50 (1978) – megjegyzi, hogy a sugárzott elektronikus média részesül „a legkorlátozottabb Első Alkotmánykiegészítés-védelemben," mivel mindenhová eljut, és gyerekek számára is hozzáférhető.

[36] *American Booksellers Ass'n,* 771 F,2d 332.

[37] Lásd Frederick SCHAUER: Causation Theory and the Causes of Sexual Violence. 1987 *American Bar Foundation Research Journal* 737, 768.

Nemrégiben a Legfelső Bíróság szigorú figyelmeztetésben részesítette az államot azért, mert széleskörű hatalmát alkalmazta a szólás egy úgynevezett nem védett kategóriájával szemben azért, hogy így részesítse előnyben a politikai vita egyik résztvevőjét a másikkal szemben.[38] A szóban forgó eset a „támadó szavak" *(fighting words)* kérdését tárgyalta, nem az obszcenitását, de Scalia legfelső bírósági bíró, álláspontját igazolandó, az ítélet indokolásában többször alkalmazott egy, az obszcenitástémából származó példát. Úgy vélekedett, hogy nincs különbség egy, a toleranciát elősegíteni kívánó, a „támadó szavak" elleni részbeni vagy szelektív tilalom és az „obszcenitás" szólásszabadság alóli kivételének kormánykritikus vélemények elfojtása céljából történő manipulálása között. Javaslatának kiindulópontjaként kijelentette, hogy alkotmányellenes lenne „egy olyan rendelet életbe léptetése, amely csak azokat az obszcén tartalmakat tiltaná, amelyek kritikusak a város kormányzatával szemben, vagy nem rendelkeznek a város kormányzatának támogatásával."[39]

Úgy tűnhet, hogy az indianapolisi terjesztési rendelkezések beleütköznek Scalia bíró bírálatába, mivel a rendelkezés az egyenlőség eszméjéhez kapcsolódik: csak a nőket alávetett helyzetben ábrázoló vagy alávetettségüket hirdető szavak vagy képek törvénytelenek – szemben a nőket felemelő vagy egyenrangúan ábrázoló tartalmakkal. Azonban Scalia bíró világossá tette, hogy nem minden szelektív szabályozást utasít el, még azokat sem, amelyek tartalmi jellegű megkülönböztetéseken alapulnak, hanem csak azokat, amelyekben – hasonlóan az általa használt obszcenitás–városvezetés példához – a tartalmi alapú diszkrimináció független volt a beszéd „kimondottan elítélendő tartalmától".[40] Panaszul rótta fel a tárgyhoz nem tartozó, külső tartalmi diszkriminációt.

Scalia bíró ellenségessége a tartalmi alapú diszkriminációval szemben azon a félelmen alapszik, hogy az hajlamos „bizonyos eszméket vagy véleményeket kitelni a gondolatok piacáról",[41] ám ilyen veszélyt nem érzékelt, amikor szelektív tiltást definiáló tartalmi diszkrimináció kapcsolódik azon okokhoz, amelyek miatt az állam számára egyáltalán megengedett a beszéd szabályozása.[42] Ennek megfelelően Scalia bíró elismerte, hogy a szövetségi kormány megteheti, hogy csak azokat az erőszakos fenyegetéseket kriminalizálja, amelyek az Egyesült Államok elnöke ellen irányulnak, mivel ahogy írta: „az okok, melyek miatt az erőszakos fenyegetések kívül esnek az Első Alkotmánykiegészítésen (azért, hogy az erőszaktól való félelemtől, a félelem következtében keletkező káosztól és a fenyegető veszély kitörésének lehetőségétől meg lehessen védeni az embereket) különös jelentőséget kapnak, amikor az elnök személyéről van szó."[43] Hasonlóan, amikor a terjesztés tiltása kiválaszt bizonyos nyíltan szexuális képeket vagy anyagokat, különösen is azokat, amelyek a nőket alárendeltként ábrázolják, ezen kiválasztás oka szorosan kapcsolódik azon indokok egyikéhez, amelyek miatt az obszcenitás egyáltalán tiltott: hogy a nők védve legyenek az erőszaktól és a szexuális támadásoktól.[44]

Az eddigiekben amellett érveltem, hogy ellentétben Easterbrook bíró véleményével, az Indianapolisi rendelet terjesztést tiltó rendelkezése összhangban van a Legfelső Bíróság obszcenitással kapcsolatban kialakított álláspontjával. A legtöbb, ami mondható, hogy az Indianapolisi rendelet alkalmazása egyes esetekben megtiltható, attól függően, hogy – először is – mi pontosan a kérdéses publikáció tartalma, és másodszor, hogy a *Miller*-teszt vagy annak variánsa milyen pontosan meghatározható korlátokat szab az állam számára. Ha a Legfelső Bíróság álláspontja még mindig érvényes, akkor az Indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezését helyben kellett volna hagyni, jóllehet, az egyedi esetekre vonatkozó korlátozásokkal. A terjesztési rendelkezéssel szembeni mélyebb ellenérzés azoktól jön, akiknek általában is súlyos kételyeik vannak az obszcenitás szabályozásával kapcsolatban. E csoportba tartozik a liberális közösség jó része, közülük sokan olyanok, akik a feminista mozgalmat támogatják. Ők nem azért vonják kétségbe az Indianapolisi rendelet terjesztést tiltó rendelkezését, mert az összeütközésben áll azzal, amit a Legfelső Bíróság megengedhetőnek tart a nyíltan szexuális tartalmak szabályozása terén, hanem mert úgy vélik, hogy a Legfelső Bíróság hajlandósága az obszcenitás szabályozásának elfogadására önmagában súlyos kompromisszum a szólásszabadság védelme iránti elkötelezettség vonatkozásában.

Az obszcenitás-szabályozás kritikáinak egyik csoportja nem túl meggyőző számomra. E libertariánus nézetek elvetik az indianapolisi terjesztési rendelkezést és minden más obszcenitásellenes intézkedést azon az alapon, hogy e törvények

[38] *R.A.V. v. City of St. Paul,* 112 S. Ct. 2538 (1992).

[39] Uo. 2543.

[40] Uo.

[41] Uo. 2545.

[42] „Amikor a tartalom szerinti megkülönböztetés alapja tartalmazza az okot, amely miatt a szóban forgó szólás egész fajtája szabályozás alá esik, a vélemény vagy nézőpont szerinti diszkrimináció veszélye jelentéktelen." *R.A.V.,* 112 S. Ct. 2545.

[43] Uo. 2546.

[44] A kényszerített cselekvéssel, a kierőszakolt megtekintéssel és a fizikai erőszakkal kapcsolatos rendelkezések olyan szelektív szabályozások, melyeknek része a tartalom alapján történő megkülönböztetés, ám e tartalmi megkülönböztetés nem terkinthető külső megkülönböztetésnek. E rendelkezések minden esetben egyértelműen belül esnek a szabály Scalia bíró által megállapított kivételein. Az egyik kivétel megengedi az államnak, hogy megkülönböztető eljárásban részesítse a betiltandó beszéd egy, tartalom alapján meghatározott alkategóriáját, ha az alkategória a beszéd úgynevezett „másodlagos hatásához" köthető; ahogy kijelentette: „Az Állam például megengedheti az összes obszcén élő előadást, kivéve azokat, amelyekben kiskorúak szerepelnek." Uo. 2456. Egy második kivétel, amelyet a VII. Cím alatti „szexuális zaklatás" jogcímben foglaltakra tekintettel alkottak meg, megengedi, hogy az állam a tartalom alapján tegyen megkülönböztetést abban az esetben, amikor a törvény „nem beszéd, hanem bánásmód ellen irányul", és amikor a szabályozási rendszer a beszédet „véletlenül söpörte össze". Uo.

korlátozzák a művészek, írók és kiadók abbéli szabadságát, hogy eszméiket és nézeteiket a publikumhoz közvetíthessék. E kritikusok az Első Alkotmánykiegészítésre mint az egyén autonómiájának védelmezőjére tekintenek: a szabadságra, mely lehetővé teszi, hogy bárki azt mondhassa, amit szeretne. Nekem ugyanakkor az Első Alkotmánykiegészítés ilyen értelmezése nem tetszik, sem mint jogállami, sem mint filozófiai elv, minthogy nem indokolja meg, hogy a beszélő autonómiáját miért helyezi azok autonómiája fölé, akiknek a beszéd kárt okoz, vagy akiket az sért. A filmkészítők kincsként óvják abbéli szabadságukat, hogy olyan filmeket csináljanak, amilyet akarnak, és éppígy ragaszkodnak szabadságukhoz az írók vagy a kiadók is. Ám az nem világos, hogy az ő szabadságuk miért fontosabb más emberek azon szabadságánál, melynek révén meghatározhatják, hogy milyen munkákkal kívánnak találkozni, vagy hogy milyen környezetben kívánnak élni.

A Legfelső Bíróság obszcenitás-doktrínájának második kritikája – amely Alexander Meiklejohn[45] munkásságához köthető, és számomra meggyőzőbb – az Első Alkotmánykiegészítésre inkább a kollektív önrendelkezés, semmint az egyéni autonómia eszközeként tekint. Az Első Alkotmánykiegészítés alapjául szolgáló elméletet a demokráciához kapcsolja, azaz megállapítja, hogy a szólásszabadság biztosítja a nyilvános eszmecserék és döntések, az erőteljes közéleti viták feltételét. Nyilvánvaló, hogy az olyan beszéd, amely kimondottan a kormányzati politika körébe tartozó kérdésekkel foglalkozik, közvetlen és azonnali védelmet élvez a szólásszabadság ezen elmélete alapján. Azonban a képzőművészet és az irodalom is védelem alatt áll, még az is, amelyikben egyáltalán nincs szó politikáról és kormányzati ügyekről. Ahogy Meiklejohn leszögezte: „Hiszem, mint tanár, hogy az embereknek szükségük van regényekre és drámákra és festményekre és versekre, »mert ezek fogják őket elvezetni a politikához«."[46] A képzőművészet bármely formája, még a nyíltan szexuális művészet is lehet politikailag értékes, és mint ilyen, megkérdőjelezhetetlenül része annak, amit közéleti vitának neveztem – az emberi cselekvés azon körének, melyet az Első Alkotmánykiegészítés védelmezni és gyarapítani kíván.

[45] Lásd Alexander MEIKLEJOHN: *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People.* New York, Harper & Brothers, 1948. 27. Az Első Alkotmánykiegészítés védi a különböző vélemények megtárgyalását mint az önkormányzás alapelvét; Alexander MEIKLEJOHN: The First Amendment Is an Absolute. 1961 *The Supreme Court Review* 245, 255. Az Első Alkotmánykiegészítés védi a kormányzási folyamathoz szükséges gondolatokat és tetteket.

[46] Alexander MEIKLEJOHN: The First Amendment Is an Absolute. (45. lj.), 263. Idézi Harry KALVEN Jr.: Metaphysics of the Law of Obscenity. 1960 *The Supreme Court Review.* 1, 16. [Az angol eredetiben: „I believe, as a teacher, that the people do need novels and dramas and paintings and poems »because they will be called upon to vote«". Jack Balkin szerint a „vote" itt metaforikusan értendő, és kevésbé konkrétan „szavazásként".]

A hagyományos intézkedések, melyek a szexuálisan szókimondó publikációk visszaszorítására irányulnak, azzal fenyegetnek, hogy anélkül korlátozzák és csökkentik a közéleti viták erőteljes voltát, hogy ahogy azt az erőszakra való uszítást vagy a rágalmazást tiltó törvények teszik, valamely értéket ajánlanának cserébe, és ezért nagy óvatosságot kívánnak. Az indianapolisi rendelet terjesztéssel kapcsolatos rendelkezése ugyanezt a veszélyt jelenti a szabad szólásra, bár ezen intézkedés szűkebb jogkörrel bír, mint a hagyományos obszcenitásszabályozás. A rendelet többek között tiltja az olyan nyíltan szexuális képzőművészeti és irodalmi tartalmak terjesztését, amelyek úgy ábrázolják a nőket, mint akiknek érzéki örömöt jelent a szexuális erőszak. A nemi erőszak rettenetes, és a leghatározottabb módon elítélendő. Ugyanakkor az erőteljes közéleti vitát támogató doktrína alapján a nemi erőszakot ábrázoló vagy tárgyaló műveket korlátozó törvény nem lehet elfogadhatóbb, mint az a törvény, amely a házasságtörés vagy a szadomazochizmus élvezetes és kívánatos mivoltát magasztaló képzőművészeti és irodalmi munkák terjesztését tiltja.

Lehetnek, akik különbséget látnak egyik oldalon a nemi erőszak, másikon a házasságtörés vagy szadomazochizmus között, mert míg a megerőszakolt nő egy bűncselekmény áldozata, addig a házasságtörésben vagy szadomazochizmusban a felek önkéntesen vesznek részt, és utóbbiakban általában a törvény sem talál kivetnivalót. Szintén igaz, hogy a házasságtöréssel és talán szadomazochizmussal is ellentétben a nemi erőszak, vagy az attól való félelem hozzájárul egy hátrányos helyzetű csoport alávetettségbe taszításához, és így alapjaiban sérti meg az alkotmányt az egyenlőség vonatkozásában. Ezeket mind beláthatjuk, de ettől még az Első Alkotmánykiegészítés alapján nem jutunk más eredményre. A demokrácia megkívánja, hogy minden törvény vonatkozásában, beleértve az egyenlőség alkotmányos szavatolását is, mindig nyitva álljon a lehetőség az újragondolásra, átalakításra vagy hatálytalanításra. Határozottan visszautasítom azt a – napjainkban leginkább Robert Bork[47] munkásságához kötődő – elképzelést, hogy az Első Alkotmánykiegészítés a törvénytelen vagy épp alkotmányellenes megnyilvánulásokat nem részesíti védelemben. Kölcsönvéve a megfogalmazást a Legfelső Bíróságtól: az Első Alkotmánykiegészítés értelmében nincs olyan, hogy téves gondolat.[48]

Az Első Alkotmánykiegészítés efféle felfogása nem fosztja meg az államot minden hatalmától. Természetesen szabadon törvényen kívül helyezheti a nemkívánatos tettekre való felhívást, és bármely törvénytelen cselekedetre uszítást. Például, míg az állam nem tilthatja a kormány erőszakos megdöntésének általános támogatását, nyilvánvalóan szabadon bűncselekménynek nyilváníthatja a kormány erősza-

[47] Robert H. BORK: Neutral Principles and Some First Amendment Problems. 47 *Indiana Law Journal* 1 (1971).

[48] *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, 339 (1974).

kos megdöntését vagy az e cselekedetre való uszítást.[49] Uszítás akkor történik, amikor egyéneket arra hívnak fel, hogy részt vegyenek valamely tiltott tevékenységben, és ha a dolog már túljutott a megvitatás fázisán. Amikor beszédnek már nincs helye.

Meglehet, hogy Indianapolis gyakorolta ezen elismert előjogát, amikor kártérítést állapított meg azok javára, akik pornográf művek közvetlen következtében erőszak áldozatai lettek. Érthető módon a terjesztési rendelkezés felfogható úgy, mint az erőszakra való uszítás megfékezésének eszköze. Amíg a kártérítés kiszabásának lehetősége is támogatja azt, meglehet, hogy elrettentőleg hat az erőszakot eredményező megnyilatkozásokra. Ugyanakkor rendkívül nehéz lehet a károk megállapítása, mivel a rendelkezés érvényesítésekor még nem történt meg az erőszak, így a terjesztésre vonatkozó jogsértést valószínűleg csak a cselekmény abbahagyására való felszólítás útján lehet megszüntetni. Az uszítás-elmélet még ebben az esetben is megkívánná, hogy esetről esetre kimutatható legyen, hogy a szólás túllépett valamely gondolat népszerűsítésén, és közvetlenül uszított azonnali törvénytelen cselekedetre. Nyomtatott művek esetén e mérce nehezen érvényesíthető; bár filmek esetében talán kevésbé nehéz.

Az állam akkor is megakadályozhatja egy eszme általános terjesztését, amikor e terjesztés összeütközik mások szóláshoz való jogaival. Ebben a vonatkozásban az állami szólástilalom nem korlátozza vagy szegényíti a közügyek megvitatását, hanem paradox módon szélesíti azt azáltal, hogy lehetővé teszi minden álláspont megjelenését. Az állam nem cenzor módjára cselekszik, hanem mint parlamenter, azaz törvényhozási ügyrendi szakértő, megkívánva valakitől, hogy hallgasson azért, hogy valaki más szólhasson. Vitathatatlan, hogy az indianapolisi rendelet terjesztési rendelkezése igazolható lehet azon az alapon, hogy a pornográfia elhallgattatja a nőket.[50] Ám, megint csak az általános cenzurális hatalom elszabadulását megelőzendő, fontos megkülönböztetni két különböző elhallgattató folyamatot.

[49] Lásd például *Brandenburg v. Ohio,* 395 U.S. 444, 447 (1969) – az erőszakra való felhívás megakadályozása csak akkor alkotmányos, ha a felhívásból törvénytelen cselekvésre való uszítás lett; lásd még Kalven (33. lj.), 119–236. – felvázolja az uszítással kapcsolatos, Első Alkotmánykiegészítés alóli kivételek alakulását.

[50] Lásd MacKinnon: Francis Biddle's Sister. (1. lj.), 193. – a pornográfia minden nőt elnémít a hitelesség lerombolása és az értékől való megfosztás révén; Catharine A. MacKinnon: The Sexual Politics of the First Amendment. In: MacKinnon: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law.* Harvard University Press, 1987. 206, 208–09. Az Első Alkotmánykiegészítés abszolutizálása védi a pornográfiát, „a férfiak azon szólását, amely a nők szólását némítja el". Ez az esszé MacKinnon professzor válasza Easterbrook bíró véleményére. Az elnémítási elmélet tovább fejleményeivel kapcsolatban lásd Frank I. Michelman: Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation. 56 *Tennessee Law Review* 291 (1989). Egy rövid válaszért minderre lásd Ronald Dworkin: Two Concepts of Liberty. In: Edna Ullmann-Margalit – Avishai Margalit (szerk.): *Isiah Berlin: A Celebration.* University of Chicago Press, 1991. 100, 108–09.

Az egyik a gondolatokban történik. Egyedül az üzenet tartalmának leszűrése révén jön létre. A pornográfia, különösen az a fajtája, amely a terjesztési rendelkezés hatálya alá esik, méltán értelmezhető annak követeléseként vagy sugalmazásaként, hogy a nők hallgassanak, vagy erőszak révén hallgattassák el őket. Olybá tűnhet, mintha a pornográf mű létrehozója azt mondaná, hogy „nők nem szólalhatnak meg" vagy hogy a „nőket nem szabad komolyan venni". Feltehető a kérdés, hogy a pornográfia, még a terjesztési rendelkezés alá tartozó brutális fajta is, leegyszerűsíthető-e erre a gondolatra vagy tekinthető-e ezen gondolat támogatásának. De még ha szemlélhető is ily módon a pornográfia, tartózkodnék attól, hogy kizárólag ezen az alapon támogassam az állami szabályozást. Részben azért húzódoznék ettől, mert kétlem, hogy a nőket elhallgattatni kívánó követelés vagy sugallat önmagában hatásos lenne. Mondani valamit nem jelenti azt, hogy amit mondunk, az meg is történik. Attól is tartok, hogy egy efféle elhallgattató folyamat elismerése ideológiák egész csoportját vonná ki a közéleti vitákból, nevezetesen azokat, amelyek bizonyos emberek némaságát vagy elnémítását követelik („Öld a zsidókat", „Legyen újra rabszolgaság", „Legyen proletárdiktatúra"). Az élet e bolygón jelentősen jobb lenne, ha e gondolatok nem járnának körbe folyton, ám ha az államnak megengednénk a tiltásukat, akkor így az államnak adnánk a hatalmat, hogy meghatározza, mely gondolatok válhatnak a közéleti viták részévé, és ez a hatalom összeegyeztethetetlen lenne az Első Alkotmánykiegészítés alapjául szolgáló értékkel, a népszuverenitással.

A második elnémító mechanizmus szociológiai jellegű. Ez nemcsak a gondolattal magával kapcsolatos („nők nem szólalhatnak meg"), hanem azokkal a folyamatokkal és körülményekkel is, amelyek során a gondolat közhírré tétetik és terjesztésre kerül. Itt nem de Sade márkira lesz panasz, vagy arra, hogy a nemi erőszakot eroticizáló film vagy regény készül, hanem a pornográfia előállításának produkciós, illetve ipari vetületeire: arra, hogy kultúránkat állandóan az e gondolatot népszerűsítő könyvekkel, magazinokkal és filmekkel bombázzák. Ez esetben az aggodalom forrása nem egy meghatározott képzőművészeti alkotás vagy irodalmi mű, hanem az, hogy a nők tudják, hogy mindenhol – Indianapolisban, New Yorkban vagy Rómában – fellelhető azon könyvek, magazinok, filmek és videokazetták özöne, amelyek olyan szexuális tárgyként ábrázolják őket, akiknek szexuális élvezetet okoz, ha megerőszakolják, gúzsba kötik vagy megcsonkítják őket. Jelen esetben nem egy meghatározott könyv, magazin vagy film, hanem e társadalmi gyakorlat az, ami félelmet kelt a nőkben és lelkükbe vési a hallgatást, vagy amely arra vezet férfiakat, hogy ügyet se vessenek arra, amit a nők mondanak, vagy ne vegyék őket komolyan; és e társadalmi gyakorlat az, ami elszegényíti a közéleti vitákat és alapot ad Catharine MacKinnon dühének:

„Minket megfosztottak a tekintélyünktől, lefokoztak, értéktelenné tettek és elnémítottak."[51]

Számos faktor közreműködik a nők elhallgattatásában. Nem mindennek a pornóipar az oka, és talán még ennél is kevesebbnek oka az olyan különösen brutális pornográfia, amely a terjesztési tilalom alá esik. Csak durván megbecsülni lehet, hogy mennyi efféle anyag forog közkézen, és végzi gyászos munkáját nők és férfiak tudatában, vagy formálja más módon kultúránkat. Az alkotmányban azonban nem szerepel semmi, ami egy törvényhozó testületnek megtiltaná, hogy úgy döntsön, hogy az ilyen publikációk terjesztése következtében a nőkre gyakorolt némító hatás mértéke elegendő ahhoz, hogy az alapul szolgáljon egy korlátozási kísérlethez. E kérdés eldöntését megintcsak nyugodtan rábízhatjuk a törvényhozóra.[52]

Az Első Alkotmánykiegészítéssel kapcsolatos bíráskodásban van egy tradíció, amely szerint az ítélethozatalkor a bírák önállóan mérlegelik a lehetséges indokokat az adott publikáció vagy film terjesztésének felfüggesztésével kapcsolatos eljárásban. Ez a gyakorlat – melynek fénykora a Warren-féle Legfelső Bíróság obszcenitással kapcsolatos bíráskodására[53] esik – a szólásnak tulajdonított különleges jelentőségben gyökerezik, és mint ilyen, demokratikus rendszerünk szívében helyezkedik el. Az efféle különleges felülvizsgálat nem teljesen felel meg az indianapolisi rendelet kontextusának, mindamellett a szólás egyszerre a szabályozás tárgya és indokolása; korlátozza a pornográf műveket előállítók és terjesztők szólását a nők szólásának elősegítése érdekében. E körülmények között a tények törvényhozó általi megítélésével szemben különlegesen szkeptikus attitűd az Első Alkotmánykiegészítés ellenében hathat.

Mindamellett, még ha a törvényhozók részesülnek is a kötelező tiszteletben, nem tagadható, hogy a szólás érdekében bevezetett terjesztési tilalom különféle következményeit feltáró elméletem meglehetősen igénybe venné a bíróság képzelőerejét és idejét. A bíróság elé kerülő konkrét technikai kérdés minden esetben az lenne, hogy az adott film vagy publikáció megfelel-e a rendelet pornográfia-definíciójának. Ám, hogy az Első Alkotmánykiegészítés kívánalmai érvényesül-

[51] MacKinnon: Francis Biddle's Sister (1. lj.), 193. Különösen sokféleképp jelentkezhet ez a kár addig a mértékig, míg a terjesztési rendelkezést sértő anyagok a szemérem elleni erőszakot, a csonkítást és a bántalmazást szexuálisan izgató szórakozásként állítják be, ezáltal elbagatellizálva ezen erőszakos cselekményeket azoknak (a férfiaknak) a szemében, akik az állami törvényhozás és közigazgatás gépezetének működtetéséért felelősek.

[52] Lásd Michelman: Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument (50. lj.), 307.

[53] Warren, a Legfelső Bíróság főbírája maga ellenezte e gyakorlatot az alábbi az ügyben: *Jacobellis v. Ohio,* 378 U.S. 184, 202 (1964) – Warren főbíró, különvélemény: érve szerint a „Legfelső Bíróságnak nem [szabad] a legfőbb cenzor szerepébe helyezkednie", minden egyes új tényanyagról egyenkénti ítéletet hoznia. Az Első Alkotmánykiegészítés úgynevezett „technikailag preferált álláspontja" *(technical preferred position)* vonatkozásában lásd Kalven i.m. (33. lj.), xxvii.

jenek, a bírónak a teljes környezetet értékelnie kell, melyben a kérdéses munka megjelent, hogy meg tudja ítélni, hogy annak valóban volt-e a nőket elnémító hatása, vagy még pontosabban, hogy a törvényhozásnak lehetett-e jó oka ilyen hatást feltételezni. Beszélnek-e és meghallgattatnak-e a nők? Elnémítja-e és hitelteleníti-e őket a pornóipar? Mennyibe járul hozzá a szóban forgó munka a pornóipar hatalmához? Megjelenít-e a kérdéses munka valamely sajátos nézőpontot, amely védelemre szorul annak érdekében, hogy elkerüljük egy gondolat elnémítását?

E kérdések, és az összes többi is, amely szükséges az elnémítás-elmélet gyakorlati vizsgálatához, rendkívüli mértékben kontextusfüggők és széles körben vizsgálandók; ám nem teljesen idegenek a szólásszabadság-jogi bíráskodás számára. Már előrevetítette őket a *Miller*-teszt harmadik ága, amely a művészeti alkotás esetleges komoly politikai vagy esztétikai értékétől teszi függővé a szólás védelmét. Egy másik jogterület példáját alkalmazva, összehasonlító szociológiai vizsgálatok szükségesek annak megállapításához, hogy összeesküvésre felszólító cselekvés felől döntő ítéletben lehet-e hivatkozni a nyilvánvaló és közvetlen veszélyre *(clear and present danger).* Ez különösen igaz, ha – ahogy Learned Hand* leszögezte a kommunista összeesküvéssel kapcsolatos esetekben – a bírónak egyszerre kell tekintetbe vennie a veszély súlyát és bekövetkezésének valószínűségét.[54] Sőt, legyenek bármily megterhelőek az ilyen vizsgálatok, az érték, amelynek szolgálatában állnak és amely igazolja őket: a demokratikus vita erősítése. A jog célja nem a bíráskodás megkönnyítése, hanem az igazságtétel biztosítása.

Az indianapolisi rendelet mint egész, az egyenlőségért való aggodalomban gyökeredzik, és ez igaz a terjesztési tilalomra is. Nem az ügyekben megjelenő brutális pornográfiával kapcsolatos ellenszenven vagy undoron alapul, bár nyilván ez a tényező is jelen van a kérdésben, hanem egy apró lépése kíván lenni a nők alávetettségét eredményező társadalmi folyamatok megszüntetéséért folyó küzdelemnek. Csupán az egyenlőséget – mint a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítés egyik értékét – felhozni a terjesztési korlátozás védelmében nem oltja ki a szabad szólással kapcsolatos ellenvetéseket, hacsak nem állapítjuk meg valahogy az egyenlőség kívánalmának elsőbbségét. Ugyanakkor, ha megértjük, hogy az egyenlőséget nem szükséges csakis a Tizennegyedik Alkotmánykiegészítésből levezethető önálló értékként szemlélnünk, hanem hogy az éppenséggel rendelkezik az Első Alkot-

* Neves amerikai bíró és jogfilozófus (1872–1961).

[54] *United States v. Dennis,* 183 F.2d 201, 202 (2d Cir 1950) – „[a bíróságoknak] minden egyes esetben fel kell tenniük a kérdést, hogy vajon a »gonosz« súlya, valószínűségének megfelelő mértékűre csökkentve, igazolja-e a szólásszabadságba való beavatkozást azzal az indokkal, hogy megelőzzük e veszélyt", megerősíti 341 U.S: 494 (1951).